This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

32101 065982371

Digitized by Google

7600
.548

Library of

Princeton University.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Kritische Vierteljahresschrift

für

Gesetzgebung und Rechtswissenschaft

herausgegeben von

DrDr. **A. von Bechmann, F. Hellmann, K. von Maurer, M. von Seydel** und **E. Ullmann,**
Professoren der Münchener Juristenfakultät.

(Fortsetzung der kritischen Ueberschau der deutschen Gesetzgebung und Rechtswissenschaft und der Heidelberger kritischen Zeitschrift.)

Dritte Folge. Band II.

(Der ganzen Folge XXXVIII. Band.)

Erstes Heft.

Freiburg i. B. und Leipzig, 1896.
Akademische Verlagsbuchhandlung von J. C. B. Mohr
(Paul Siebeck).

Mit Beilagen von J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) in Freiburg i. B. und Leipzig.

Digitized by Google

Inhalt.

Seite

I. Rechtsphilosophie.

1. Zeitz, Dr. Karl Joseph, Die praktische Rechtsschule im Entwicklungskampfe mit den bisherigen doktrinären, historischen und Natur-Rechtsschulen. München. 1895. J. Schweitzer Verlag 1

II. Rechtsgeschichte.

1. Heck, Ph., Die altfriesische Gerichtsverfassung. Weimar. 1894 . . 11
2. Thudichum, Friedrich von, Geschichte des deutschen Privatrechts, Stuttgart. 1894. Enke 16
3. Neukamp, Dr. Emil, Einleitung in eine Entwicklungsgeschichte des Rechts. Berlin. 1895. Heymann 22

III. Civilrecht.

1. a) Homann, Hermann, Die Voraussetzungen, unter welchen nach gemeinem Rechte der Mandant für Schaden haftet, welcher dem Mandatar bei Ausführung seines Auftrages erwächst. Berlin. 1894. Puttkammer & Mühlbrecht 26
   b) Kekule, Stephan von, Dr. phil., Die Schadensersatzpflicht der Mandanten nach gemeinem Rechte. Berlin. 1894 26
2. Tuhr, Dr. A. von, Actio de in rem verso, zugleich ein Beitrag zur Lehre von der Geschäftsführung. Freiburg i. B. 1895. Akademische Verlagsbuchhandlung von J. C. B. Mohr 43
3. Bähr, Dr. Otto, Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund. Dritte, durch einen Nachtrag vermehrte Auflage. Leipzig. 1894. Georg Wigand's Verlag 59
4. Landgraf, Dr. Josef, Reichsgesetz zum Schutze der Waarenbezeichnungen vom 12. Mai 1894. Stuttgart. 1894. J. B. Metzler'scher Verlag 62
5. Mittler, Dr. Heinrich jun., Beiträge zur Theorie des Patentrechtes. Berlin. 1894. Heymann 68
6. Coermann, W., Das Nachbarrecht an Eisenbahnen nach französischem Rechte. Mannheim. 1894. J. Bensheimer 81

IV. Civilproceß.

1. Schrutka-Rechtenstamm, Dr. E. von, Die Umgestaltung der Gerichtsverfassung durch den Entwurf eines Gesetzes über die Ausübung der Gerichtsbarkeit und die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte in bürgerlichen Rechtssachen 83
2. Horn, Dr. A., Zur deutschen Civilproceß-Reform. Mannheim. 1894. F. Bensheimer 84
3. Wagner, A., Vorschläge zur Umgestaltung der Reichsjustizgesetze von 1879. Berlin. 1895. C. Heymann's Verlag 87

V. Strafrecht.

1. Krauß, F. A. Karl, Im Kerker vor und nach Christus. Freiburg i. B. 1895. Akademische Verlagsbuchhandlung von J. C. B. Mohr . . 88
2. Finger, A., Compendien des österreichischen Rechtes. Berlin. Bd. I. 1894. Bd. II. 1895. Heymann 101
3. Schmidt, Richard, Die Aufgaben der Strafrechtspflege. Leipzig. 1895. Duncker & Humblot 112
4. Steinitz, Dr. jur., Die sogenannte Compensation im Reichsstrafgesetzbuch. I. Serie Heft 4 der Strafrechtlichen Abhandlungen des juristischen Seminars der Universität Breslau. Breslau. 1894. Schletter . 124

Digitized by Google

Kritische Vierteljahresschrift

für

Gesetzgebung und Rechtswissenschaft

herausgegeben von

DrDr. A. von Bechmann, F. Hellmann, K. von Maurer,
M. von Seydel und E. Ullmann,
Professoren der Münchener Juristenfakultät.

(Fortsetzung der kritischen Ueberschau der deutschen Gesetzgebung und Rechtswissenschaft und der Heidelberger kritischen Zeitschrift.)

Dritte Folge.

Band II.

(Der ganzen Folge XXXVIII. Band.)

Freiburg i. B. und Leipzig, 1896.
Akademische Verlagsbuchhandlung von J. C. B. Mohr
(Paul Siebeck).

Digitized by Google

(RECAP)
7600
5.43
Bd.38

Alle Rechte vorbehalten.

Druck von C. A. Wagner in Freiburg i. B.

Digitized by Google

Inhaltsübersicht.

Seite

I. Nekrolog.

L. M. B. Aubert 327

II. Rechtsphilosophie.

Seitz, Dr. K. J., Die praktische Rechtsschule im Entwicklungskampfe mit den bisherigen doktrinären, historischen und Natur-Rechtsschulen 1

III. Rechtsgeschichte.

1. Heck, Ph., Die altfriesische Gerichtsverfassung 11
2. Thudichum, F. v., Geschichte des deutschen Privatrechts . 16
3. Neukamp, Dr. E., Einleitung in eine Entwicklungsgeschichte des Rechts 22
4. Luschin von Ebengreuth, Dr. A., Oesterreichische Reichsgeschichte. I. Theil 335
5. Zur norwegischen Rechtsgeschichte 363

IV. Civilrecht.

1. Homann, H., Die Voraussetzungen, unter welchen nach gemeinem Rechte der Mandant für Schaden haftet, welcher dem Mandatar bei Ausführung seines Auftrages erwächst 26
2. Kekule, Dr. phil. Steph. v., Die Schadensersatzpflicht des Mandanten nach gemeinem Rechte 26
3. Tuhr, Dr. A. v., Actio de in rem verso, zugleich ein Beitrag zur Lehre von der Geschäftsführung 43
4. Bähr, Dr. O., Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund . 59
5. Landgraf, Dr. J., Reichsgesetz zum Schutze der Waarenbezeichnungen vom 12. Mai 1894 62
6. Mittler, Dr. H. jun., Beiträge zur Theorie des Patentrechtes 68

510463

Digitized by Google

Seite

7. Coermann, W., Das Nachbarrecht an Eisenbahnen nach französischem Rechte 81
8. Oertmann, P., Der Vergleich im gemeinen Civilrecht . . 161
9. Merkel, Dr. R., Die Kollision rechtmäßiger Interessen und die Schadensersatzpflicht bei rechtmäßigen Handlungen . . . 199
10. Pavlíček, Dr. A., Das Pfandbriefrecht 214
11. Blume, W. v., Novation, Delegation und Schuldübertragung 217
12. Crome, Dr. K., Handbuch des französischen Civilrechts, begründet von Zachariae von Lingenthal 221
13. Heymann, Dr. jur. E., Das Vorschützen der Verjährung . 374
14. Grimm, D., Beiträge zur Lehre von der Bereicherung (russisch) 381
15. Randa, Dr. A., Der Besitz nach österreichischem Rechte mit Berücksichtigung des gemeinen Rechtes, des preußischen, französischen und italienischen, des sächsischen und züricherischen Gesetzbuches 396
16. Hirsch, Dr. P., Zur Revision der Lehre vom Gläubigerverzuge 412
17. Stobbe, O., Handbuch des Deutschen Privatrechts II, 1 . . 507
18. Reatz, C. F., Die Litteratur über den Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich 514
19. Gareis, C., Die Litteratur des Privat- und Handelsrechts 1884 bis 1894 514
20. Canstein, Dr. R. v., Lehrbuch des Oesterreichischen Handelsrechts 516
21. Pollitzer, F., Das österreichische Handelsrecht . . . 534
22. Gareis, C., Das deutsche Handelsrecht 544
23. Cosack, C., Lehrbuch des Handelsrechts 544

V. Civilprozeß.

1. Schrutka-Rechtenstamm, Dr. E. v., Die Umgestaltung der Gerichtsverfassung durch den Entwurf eines Gesetzes über die Ausübung der Gerichtsbarkeit und die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte in bürgerlichen Rechtssachen 83
2. Horn, Dr. A., Zur deutschen Civilproceß-Reform . . . 84
3. Wagner, A., Vorschläge zur Umgestaltung der Reichsjustizgesetze von 1879 87
4. Cretschmar, Die auf den Civilprozeß bezüglichen Normen des rheinpreußischen Landesrechts 551

VI. Strafrecht.

1. Krauß, F. A. K., Im Kerker vor und nach Christus . . 88
2. Finger, A., Compendien des österreichischen Rechtes. Das Strafrecht 101
3. Schmidt, R., Die Aufgaben der Strafrechtspflege . . . 112

Digitized by Google

Seite

4. Steinitz, Dr. jur., Die sogenannte Compensation im Reichsstrafgesetzbuch 124
5. Beling, E., Retorsion und Compensation von Beleidigungen und Körperverletzungen. Theil I. 127
6. Beling, Dr. jur. E., Die Wiedereinführung der Berufung in Strafsachen 133
7. Mamroth, Dr. E., Die Gefahren der neuen Novelle zum Gerichtsverfassungsgesetz und zur Strafproceßordnung . . . 133
8. Krafft-Ebing, R. Frhr. v., Der Konträrsexuale vor dem Strafrichter 135
9. Engelmann, Dr. jur. W., Die Schuldlehre der Postglossatoren und ihre Fortentwicklung 226
10. Thomsen, Dr. A., Ueber den Versuch der durch eine Folge qualificirten Delicte 414
11. Heß, Dr. A., Ueber Kausalzusammenhang und unkörperliche Denksubstrate 451
12. Sturm, Dr. jur. A., Die Rechtswidrigkeit der Unterlassung . 467
13. Meyer, P., Der römische Konkubinat nach den Rechtsquellen und den Inschriften 474
14. Weingart, A., Handbuch für das Untersuchen von Brandstiftungen 475
15. Zürcher, E. und Sträuli, H., Grundlagen und Ergebnisse der Statistik der Rechtspflege im Kanton Zürich . . . 476
16. Reuling, W., Der unlautere Wettbewerb nach dem zweiten „Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbes" und über den Rechtsschutz von Fabrikations- und Geschäftsgeheimnissen 478
17. Merkel, Dr. jur. P., Begehung durch Unterlassung . . . 484
18. Slupacki, Dr. H. v., Die Lehre von den jugendlichen Verbrechern im gemeinen deutschen Strafrecht und Strafprozeßrecht . . 487
19. Liszt, F. v., Das Strafrecht der Staaten Europas. I. . . 560
20. Stenglein, M., Die strafrechtlichen Nebengesetze des Deutschen Reiches 561
21. Groschuff, A., Eichhorn, G., Delius, H., Die Preußischen Strafgesetze 562
22. Makarewicz, J., Das Wesen des Verbrechens 563

VII. Staatsrecht.

1. Laband, P., Das Staatsrecht des Deutschen Reiches. In zwei Bänden 137
2. Mayer, O., Deutsches Verwaltungsrecht. I. Band . . . 262
3. Meyer, G., Der Staat und die erworbenen Rechte . . . 272

Digitized by Google

Seite

4. Jellinek, G., Die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte 274
5. Sontag, E., Der besondere Schutz der Mitglieder des deutschen Reichstages und der deutschen Landtage gegen Strafverfolgung und Verhaftung 277
6. Merlo, E., Die Ungesetzlichkeit der die Straßenreinigung betreffenden Polizeiverordnungen und Ortsstatute 279
7. Rufer, B. E., Die Trottoirfrage im Lichte der in der bayerischen Pfalz geltenden Gesetze 279
8. Landmann, R. v., Die Gewerbeordnung für das Deutsche Reich 280
9. Bödiker, Dr. T., Die Arbeiterversicherung in den europäischen Staaten 292
10. Cahn, Das Reichsgesetz über die Erwerbung und den Verlust der Reichs- und Staatsangehörigkeit vom 11. Juni 1870 . . 294
11. Rosin, H., Das Polizeiverordnungsrecht in Preußen . . 488
12. Rosenberg, G. J., Zur Arbeiterschutzgesetzgebung in Rußland 493
13. Keil, Dr., Die Landgemeindeordnung für die 7 östlichen Provinzen der Monarchie vom 3. Juli 1891 nach dem Inkrafttreten des Kommunalabgabengesetzes 499
14. Büttner, C., Die Sonntagsruhe im Gewerbebetriebe und im Handelsgewerbe 502
15. Eger, G., Invaliditäts- und Altersversicherungsgesetz vom 22. Juni 1889 mit dem Abänderungsgesetz vom 8. Juni 1891 . 503
16. Luschin von Ebengreuth, A., Oesterreichische Reichsgeschichte 575
17. Bachmann, A., Lehrbuch der österreichischen Reichsgeschichte . 575
18. Werunsky, E., Oesterreichische Reichs- und Rechtsgeschichte . 575
19. Schwind, E. Frhr. v. und Dopsch, A., Ausgewählte Urkunden zur Verfassungsgeschichte der deutsch-österreichischen Erblande im Mittelalter 575
20. Seidler, G., Studien zur Geschichte und Dogmatik des österreichischen Staatsrechtes 575
21. Sartori-Montecroce, T. R. v., Beiträge zur österreichischen Reichs- und Rechtsgeschichte 575
22. Binding, K., Die Verfassungsurkunde des Königreichs Baiern mit Beilagen und Anhängen. Vom 26. May 1818 . . . 589
23. Fischer, R., Das Recht des Deutschen Kaisers . . . 590
24. Arndt, A., Verfassung des Deutschen Reiches 597
25. Ruiz, G. Arangio, Le Associazioni e lo stato 600

VIII. Kirchenrecht.

1. Sägmüller, Dr. J. B., Die Papstwahlbullen und das staatliche Recht der Exclusive 140

Digitized by Google

Seite
2. Derselbe, Das Recht der Exclusive in der Papstwahl . . 140
3. Lucius Lector, Le Conclave 140

IX. Internationales Recht.

1. Guillaume, Le Baron, le mariage en droit international privé et la Conférence de la Haye 156
2. Heilborn, P., Das System des Völkerrechts 604
3. Leske, F. und Löwenfeld, W., Die Rechtsverfolgung im internationalen Verkehr 622

Zeitschriften-Uebersicht 298
Alphabetische Register 625

Digitized by Google

Digitized by Google

I.

Rechtsphilosophie.

Seitz, Dr. Karl Joseph, Die praktische Rechtsschule im Entwicklungskampfe mit den bisherigen doktrinären, historischen und Natur-Rechtsschulen. Versuche eines Nachweises einer prinzipiellen Berechtigung des praktischen Civilrechts auf praktischen wie theoretischen Gebieten, u. a. der Civilrechtssprechung des heutigen deutschen Reichsgerichts u. s. w. — Zweite völlig umgearbeitete und vermehrte Auflage zugleich bezüglich der früheren Schrift des Verfassers: „Das praktische Bedürfnis der Rechtsreform gegenüber der historischen Schule". — München, J. Schweitzer Verlag (Jos. Eichbichler) 1895. XXXIX u. 652 S.

Ein langer Titel, der gleichwohl Zweifel, was dahinter zu suchen, nicht ausschließt; weniger wäre mehr gewesen, hätte wenigstens mehr, klarer und deutlicher sein können. Vielleicht, daß mancher Leser, der sich aufmerksam hindurchgerungen durch die engbedruckten mehr als vierzig Bogen, über den Inhalt dasselbe Urtheil fällen, dabei aber doch dem Buche ein großes Verdienst lassen wird: es regt an zum Denken.

Der Verf. gehört zu einer Klasse von Praktikern, die leider in Deutschland nur schwach vertreten ist. Durchdrungen von der Bedeutung, fast möchte man sagen „von der Heiligkeit" seines Berufes, hat er in der gemeinen praktischen Thätigkeit von früh an kein Genüge gefunden. Seine älteren literarischen Arbeiten befassen sich direct mit Specialproblemen, bei denen aber der Blick zugleich auf das Allgemeine, die Rechtslehre in ihrer Totalität, gerichtet ist. Jetzt kehrt dies Verhältnis sich um, an die Spitze gestellt sind die denkbar weitestgreifenden Fragen: was ist Recht, geltendes Recht,

Digitized by Google

und wie hat die Wissenschaft von diesem Rechte vorzugehen; die Einzelheiten, dieselben die er auch früher schon behandelte, Injurie, Schmerzensgeld, Besitz, dienen nur zur Illustration des Hauptproblems. Die Antwort aber, zu der die methodologischen Untersuchungen den Verf. hinführen, die lautet kurz gefaßt etwa also: Die historische Schule und die naturrechtliche (die an Hugo Grotius angeknüpft wird) haben sich überlebt, beide besaßen in ihren Principien gesunde und kranke, haltbare und verwerfliche Gedanken; nach Ausscheidung dieser hat auf jenen der Bau einer neuen Schule begonnen, die wir die praktische heißen sollen, da sie der Praxis als Ziel und als Quelle vorzugsweise Beachtung schenkt; die Principien der neuen Lehre ermangeln noch derjenigen Festigkeit, die zum gedeihlichen Wachsthum erforderlich ist, sie sollen hier festgestellt werden.

Mir fällt dabei ein, was Vangerow uns im Winter 44 auf 45 vortrug: der Standpunkt der historischen Schule wie der der philosophischen, beide sind überwunden, wir stehen auf einer höheren Warte, der Vereinigung beider, darum vermögen wir auch das Höchste zu erreichen. — Und doch wird Niemand behaupten, daß das Höchste in den fünfzig Jahren seither wirklich erreicht worden. Freilich war auch Vangerow kein Praktiker, nichts weniger als gerade das.

Aus dem Grundrisse unseres Praktikers aber mögen hier zunächst die derbsten Hauptzüge hervorgehoben werden:

Allgemeiner Theil. Vorfragen für eine Schule des praktischen Rechtes überhaupt.

Einleitung, S. 1—45.

§ 1. Aufgabe und Ziele einer Schule des praktischen Rechts, und unsere bisherigen Rechtsschulen, S. 46—188.

§ 2. Die Bewegung des Lebens des Rechts: Beweise der Nothwendigkeit des Fortbestehens einer materiellen Kluft zwischen Doctrin einer- wie Leben und Praxis ande-

Digitized by Google

rerseits, solange die theoretische Herrschaft einer heutigen historischen Schule eines „vergangenen" Rechtes noch fortdauert, S. 188—254.

§ 3. Zur Geschichte des praktischen Civilrechts, seiner Trennung von den wechselnden Doctrinen, seines sich bewegenden Lebens und seines Kampfes, S. 254—380.

§ 4. Werth eines praktischen Rechtes und seiner Schule für das reale Leben. Gegenströmungen innerhalb der Praxis selbst, S. 380—482.

Specieller Teil. Begründung der Schule des praktischen Rechts.

§ 5. Die materielle Berechtigung des praktischen Rechts wie dessen formale Construction aus den sämmtlichen positiven Rechtsquellen, und die Anklagen seitens der bisherigen doctrinären Schulen, S. 490—526.

§ 6. Versuch einer Ermittelung und Weiterbildung von materiellen und formellen Prinzipien einer praktischen Rechtsschule unmittelbar aus einer Erfahrung des im positiven Leben des Rechts geltenden, S. 526—569.

§ 7. Rechtsbestandtheile, welche alles lebende und praktische Recht aus den beiden bisherigen Natur- und historischen Schulen entnimmt, und das Verhältnis desselben zu diesen beiden aprioristischen Schulen, S. 569—599.

§ 8. Gesammtresultat auf positivem Gebiete. Das allmälige Obsiegen einer praktischen Schule. Name dieser Schule, S. 599—605.

§ 9. Deutsche Civilgesetzgebung und praktische Rechtswissenschaft, S. 605—647.

Den Inhalt des unter diese Rubriken gestellten Textes mit Wenigem faßlich wiederzugeben, begegnet erheblichen Schwierigkeiten. Unter allen Juristen, mit denen er zusammengelebt hat, stellt der Verf. Ihering augenscheinlich am Höchsten. Das mag seinen eigentlichen Grund darin haben, daß er ihm in gewissen

Digitized by Google

Beziehungen geiſtesverwandt iſt. Bei Beiden die gleiche Wärme der Empfindung und Ehrlichkeit der Ausſprache; Beide ſind ſtets voll überzeugt von der Güte der Sache, für die ſie eintreten, und darum nicht allemal vollgerecht wider ihre Gegner und deren Argumente; das energiſche Temperament, das der Leſer Intereſſe anfacht, iſt einem kühlen Abwägen aller vielleicht in Betracht zu nehmenden Details wenig günſtig. Aber zwiſchen Beiden beſtehen auch fundamentale Verſchiedenheiten. Abgeſehen von allem Anderen iſt J. ein Meiſter der Darſtellung, der dem was er vorträgt beſtechenden Schein zu verleihen weiß. Bei unſerem Verf., im Gegentheil, ſchadet der Vortrag eher einer guten Sache.

Zugegeben, daß hier kein ſyſtematiſches Werk, ſondern nur aneinandergereihte Einzeluntersuchungen beabſichtigt waren, zugegeben ferner, daß die Ausdrucksweiſe häufig eines gewiſſen pikanten Reizes nicht ermangelt, z. B. S. 152: „Das Naturrecht iſt der Geiſt; die Geſchichte, das Geſchehene, iſt der Körper, die Verkörperung des Rechts.“ Aber damit ſind die Fehler der Anordnung nicht gehoben und nicht bedeckt. Durchgängig empfangen wir den Eindruck, daß nicht der Autor ſeine Gedanken, vielmehr daß dieſe ihn beherrſchen. Gleichviel, ob die Urſache in den natürlichen Anlagen oder in einem Mangel an Zeit zu ſuchen iſt, das Reſultat bleibt gleich unerfreulich. Wiederholungen und bunte Einſchachtelungen, Mittheilungen aus früheren Werken und von den Lebensſchickſalen des Verf.'s, Excurſe über die Gerichtsverwaltung in Bayern, und wer weiß was ſonſt noch, ſtören die Entwickelung der geſunden Grundgedanken auf Schritt und Tritt, und ermüden den Leſer. Wenn Seitz in ſeine eigene Erfahrung zurückgreifen wollte, ich meine, er müßte den alten Satz beſtätigt finden, daß gute Gedanken ſchließlich oft lange Jahre nach dem Tode ihres erſten Erdenkers, fortbewegt durch ihr eigenes Gewicht, wohl noch den rechten Boden finden, auf dem ſie fruchtbringend zu gedeihen vermögen; daß aber der Tageserfolg geiſtiger Production beſtimmt wird weit mehr durch die Form als den Gehalt.

Digitized by Google

Mit der Vortragsweise im engsten Zusammenhange steht, daß auch Leser, die in den Grundanschauungen mit dem Verf. zusammentreffen, von vielen Einzelheiten zum Widerspruche sich angeregt fühlen. Am Wenigsten könnte ich das Bild für richtig halten, das von der historischen Schule gegeben wird. „Historische Schule" bezeichnet einen vagen Begriff, dabei kann der Eine an dies, der Andere an das denken. Angeregt durch den Streit über die Codificationsfrage mit Thibaut hat Savigny die beiden Sätze, wenn nicht überhaupt erst gefunden, so doch präciser gefaßt und energischer vertreten als irgend Jemand vor ihm:

> das Recht lebt in dauernder geschichtlicher Entwickelung;

und

> kann nicht durch die mit der gesetzgebenden Gewalt betrauten Personen nach Willkür producirt werden („unabhängig von dem Rechte der vorhergehenden Zeit, und nur nach bester Ueberzeugung").

Dies sind die Grundpfeiler der historischen Schule im w. S., wer diesen Sätzen nicht widerstrebt, wird sich gefallen lassen müssen, auch selber dieser Schule zugezählt zu werden; ein Schicksal, dem weder Ihering noch Seitz auf die Dauer entgehen können. — In einem anderen Sinne ließe sich als „historische Schule" bezeichnen der Kreis von Männern, meist Professoren der Universitäten Berlin, Bonn, Göttingen, die wenigstens stellenweise den Lauten des Meisters mit mehr als der unbedingt erforderlichen Andacht gehorcht haben. Man kann sie als „Koterie" bezeichnen, darf aber nicht übersehen, daß der mit diesem Ausdruck verbundene Tadel nur zum kleinsten Theile zutrifft: Puchta, Keller, Stahl haben ihre wissenschaftliche Selbständigkeit so untereinander wie gegen Savigny bestens zu wahren gewußt.

Seitz aber attakirt, offenbar nicht ohne innere Erregtheit, eine gleichfalls an Savigny sich anknüpfende historische Schule, die ich in der mir bekannten Wirklichkeit nirgends zu entdecken

Digitized by Google

vermag. Von den verschiedenen Versuchen, dieselbe zu bestimmen, nur einen, S. 120:

> Die historische Rechtsschule. Im Grunde nur eine Abart des aprioristischen Naturrechts, gelangt diese Schule nichtsdestoweniger aus aprioristischen Gründen zu einem dem Naturrechte entgegengesetzten Ziele. . . . . Sie macht sich, nebensächlich a priori und aus bloßer Vernunft gleichfalls, aller Erfahrung entgegen das naturrechtliche Schul- und Anwendungsprincip: „das Recht ist durch die gesammte Vergangenheit gegeben." Dadurch . . . ist sie gekommen zum Stillstande bei einer gesammten Vergangenheit, zum alleinigen Cultus des alten Rechts.

Anschauungen, auf welche diese Zeichnung passen würden, sind mir im Leben begegnet nur zweimal: einmal bei meinem eigenen hochverehrten Lehrer Vangerow, den aber wohl Niemand als Vertreter der historischen Schule erfassen möchte; sodann bei einem auch als Schriftsteller bekannten neuvorpommerischen Rechtsanwalte, der im römischen das absolute Recht sah, ähnlich wie früher nicht selten Naturrecht und römisches Recht identificirt worden sind. Daß sie den Stillstand in der Rechtsbewegung, oder gar principiell ein Stehenbleiben bei dem römischen Rechte, wie dies in Rom gegolten, forderten, vermag ich bei Savigny, Göschen, Puchta, Keller und allen anderen, die hier etwa noch zu nennen wären, nicht zu entdecken. Seitz gibt selber zu, daß dies mit dem Gedanken einer „geschichtlichen Schule" im Widerspruch stehen würde, daß Savigny selbst „ein lebendes Recht" gewollt habe, und er heißt ihn darum gelegentlich, S. 15, einen Kunktator, seine Schule aber nur eine Übergangsstufe zur Vollendung des wirklich lebenden und praktischen Rechts.

Entscheidend für das obige Zerrbild der historischen Schule scheinen bei Seitz namentlich Aussprüche der Art gewesen zu sein:

> Der Stoff des Rechts sei durch die gesammte Vergangenheit der Nation gegeben.

Digitized by Google

Und doch sind sie harmlos genug: „gegeben", wie die Wirkung mit der Ursache gegeben ist, die Wirkung, die selbstverständlich selber wieder Urquell von so und so vielen Nachwirkungen sein wird. Savigny selbst setzt die Aufgabe der Gegenwart darein, den von der Vergangenheit überkommenen Stoff „zu durchschauen, zu verjüngen und frisch zu erhalten", dies letzte auch nur bei lebendigen, d. h. naturgemäß fortwachsenden Dingen möglich. Uebrigens läßt sich Savigny und seinen ersten Jüngern mancherlei vorwerfen, daß die Vergleichung der Entwickelung des Rechts mit der der Pflanze nicht glücklich gegriffen, daß dabei die Bedeutung der Individualitäten, die Unvermeidlichkeit der Kämpfe unberücksichtigt gelassen, ferner daß sowohl die Receptionsgeschichte selber wie auch die Fortbildung des römischen Rechts nach der Reception auf deutschem Boden einstweilen im Dunkeln verblieben, auch daß Savigny und andere Historiker nur allzu häufig in den alten naturrechtlichen Schlendrian zurückverfallen, u. s. w. u. s. w., indessen non omnia possumus omnes. Von den Ersten, die mit einer neuen Lehre vorangehen, ist nicht zu verlangen daß sie dieselbe bis an's letzte Ende konsequent durchführen, und ausnahmslos die Weisen verleugnen, in denen sie selber groß gezogen worden. Viel hängt dabei auch von Zeit und Umständen ab, und wenn z. B. Seitz Savigny vorwirft, um moderne Rechtssprüche zu wenig sich gekümmert zu haben, so ist zur Entschuldigung anzuführen, daß die brauchbarste Sammlung, Seuffert's Archiv, erst nach Savigny's wirklicher Arbeitszeit in's Leben getreten ist, und daß in Preußen, in dessen Metropole Savigny lehrte, bis in die vierziger Jahre Präjudicien überhaupt nicht als Rechtsfortbildungsmedien bekannt waren, sondern Justizministerialrescripte.

Aehnlich, doch nicht ganz ebenso, wie gegenüber der historischen Rechtsschule, gestaltet sich das Verhältnis des Verf.'s und des Referenten zu einander gegenüber den naturrechtlichen Lehren. Völlig einig sind wir auch hier in Beziehung auf das, was wir verwerfen. Worte wie

Digitized by Google

das aprioristische doctrinäre Extrem allein, das Unverständnis des gegebenen und berechtigten Lebens, das war bisher der Störenfried;

oder

gerade die Krankheit unserer Gegenwart ist vor Allem eine solche Krankheit der Aprioristik eines Naturrechts in verschiedenen Formen; dies unbedingte Machenwollen von Recht, ohne jede Rücksicht auf das schon gegebene Recht der legal geordneten Gesammtheit und auf real geschichtliche Ausführbarkeit oder Empirie;

liegen durchaus in meinem Sinne. Dagegen sind wir darüber wieder nicht ganz derselben Meinung, wo dieser Feind zu suchen und zu finden sei. Seitz kämpft wider die Schule oder die Schulen, die auf diesen Gedanken beruhen, ist aber auch bereit, mit ihnen zu kompromittiren, und brauchbare Stücke aus ihrem Besitzstande zu übernehmen. Nach meiner Anschauung gehören die Naturrechtsschulen der Vergangenheit an, man kann sie mehr oder weniger günstig beurtheilen, aber sie zu bekämpfen fehlt jede Veranlassung. Aber auch aus dem ihnen eigenthümlichen zugehörigen Bestande möchte ich nichts entnehmen, was nicht ohnehin schon als Rüstzeug jeglicher Wissenschaft anzusehen wäre. Ob das, was man in der ersten Hälfte unseres Jahrhunderts „philosophische“ oder „ungeschichtliche“ Rechtsschule zu nennen, und etwa mit den Namen Thibaut, Gans, Feuerbach, von Gönner in Verbindung zu bringen sich gewöhnt hatte, als Naturrechtsschule, ja überhaupt nur als Schule zu betrachten wäre, kann dahingestellt bleiben, jedesfalls hat sie das Jahr 48 nicht überdauert. Aber auch ohne Schulpflege hat der Naturrechtsgedanke sich erhalten, und schier bewundernswerthe Lebenskraft bewiesen. Mit Füßen getreten, verworfen, kaum von Jemand offen vertheidigt, führt er bis in die Gegenwart hinein vielleicht kein lustig und gefeiert Leben, aber er besteht doch und wirkt, weiter und weiter, anscheinend noch keineswegs absterbereif. Wir begegnen ihm bei der großen Mehr-

Digitized by Google

zahl unserer juristischen, insonderheit romanistischen Schriftsteller, vielleicht nur die jüngsten ausgenommen, die darüber sich zu äußern noch keine rechte Gelegenheit gehabt. Und mit diesem Gedanken zu kompromittiren, ist vom Standpunkt der Wissenschaft ebenso unmöglich, wie etwa von dem Standpunkt kopernikanischer Weltanschauung mit Josuas Befehl an die Sonne.

Daß auch ich hie und da in naturrechtliche Spekulationen mich verirrt, habe ich früher schon selber erkannt und ausgesprochen (Ernst und Scherz, S. 136, 37); aber daß ich dann wieder in derselben Schrift, in der ich das einbekenne, auch dem Naturrecht einen berechtigten Platz einzuräumen bereit sei (anders vermag ich die auf mich bezügliche Bemerkung S. 354 oben nicht zu verstehen), möchte ich doch nicht gern zugeben. Seitz bezieht sich hiefür auf E. u. Sch. S. 102 und S. 150. Mein verehrter Gegner wolle beide Stellen noch einmal unbefangen durchlesen: S. 102 bemühe ich mich, die Motive zum Entwurfe erster Lesung ad absurdum zu führen, sie verwerfen ausdrücklich die Annahme des Naturrechts, und enthalten daneben andere Sätze, welche diese Annahme stillschweigend voraussetzen; S. 150 aber behandle ich die „Natur der Sache" und sage wörtlich, daß, wo der Richter mit ihr sich zu befassen habe, „er das zu ihr passende Recht nicht finden (naturrechtliche Theorie), sondern selber zeugen und schaffen" solle. — Zweifelhafter ist mir, ob die von Seitz S. 46 aufgestellte Unterscheidung eines „real geltenden" und eines „juristisch berechtigten" Rechts in ihrer Durchführung nicht doch wieder zu der aprioristischen Construction eines nicht der Erfahrung, sondern nur der Offenbarung zugänglichen Naturrechts hinleiten müßte.

In Beziehung auf die neue „praktische Rechtsschule" ist unsere Uebereinstimmung wohl noch größer als hinsichts der älteren, im Großen und Ganzen wenigstens. Denn für die genaue Abgrenzung unserer etwaigen Meinungsverschiedenheiten in den Details bereitet die Vortragsweise des Verf.'s besondere Schwierigkeiten. Wenn ich auch Auslassungen, wie die folgenden, hinzunehme:

Digitized by Google

die empirische inductive Methode kehrt aber die aprioristische unserer bisherigen theoretischen Schulen geradezu um. Während diese aus einem erfundenen Schulprincip angeblich geltendes Recht deduciren wollen, geht das praktische Recht gerade umgekehrt inductiv von den einzelnen positiven Ausflüssen der Rechtsquellen aus, und abstrahirt aus diesen Einzelheiten erst die ganzen Institute, Principien und ihre Schule nach dem empirischen Satze des Klassikers Paulus Fr. 1 de R. J. . . . .

oder das wichtigste formale Grundprincip des praktischen Rechts aber ist, daß dasselbe nicht den aprioristischen, blos schadenbringenden Phrasen der beiden bisherigen Schulen, Geistesschaffen aus Vernunft oder vergangener Geschichte einseitig folgt, sondern allein exact auf den positiven Rechtsquellen, Gesetzen, Gewohnheiten, inneren Gründen beruht, so wüßte ich gleichwohl bei einer etwaigen zweiten Ausgabe meiner Pandekten nicht, welche wesentlichen Aenderungen ich vorzunehmen hätte, um den Anforderungen unseres Verf.'s an ein Werk der neuesten Schule vollständig Genüge zu leisten.

Zum Schlusse aber möchte ich dem Verf. noch meinen Dank sagen für den energischen Protest, den er als Praktiker einlegt gegen den Versuch des Entwurfs erster Lesung, dem Gewohnheitsrecht und damit zugleich der Praxis ihr gebührend Theil zu verkümmern. Haben wir überhaupt etwas gelernt im neunzehnten Jahrhundert, so sollte es dies sein, daß in so bunten Zeitverhältnissen, wie die unsrigen, das Recht niemals bei einseitiger Pflege gedeihen kann, nicht ohne Gesetzgebung, aber auch nicht allein durch Gesetzgebung.

Heidelberg. E. J. Bekker.

Digitized by Google

II.

Rechtsgeschichte.

1. Ph. Heck, Die altfriesische Gerichtsverfassung. Mit sprachwissenschaftlichen Beiträgen von Th. Siebs. Weimar 1894. S. S. XV, 499. 8°.

Hecks Buch bedeutet zweifellos einen Fortschritt, auch wenn man nicht nach Art der landläufigen Referate in den Wochen- und Monatsschriften blindlings des Verfassers Aufstellungen zustimmt. Es bedeutet schon einen Fortschritt, weil es energisch an die Aufhellung eines trotz Richthofens hochverdienter Untersuchungen dunklen Gebietes geht, aber einen Fortschritt auch darum, weil es gewisse unklare, durch Richthofen mitverschuldete Vorstellungen gründlich beseitigt. Aber es leidet auch unter dem Fehler einer starken Einseitigkeit, es wird der Eigenthümlichkeit der friesischen Rechtsverfassung nicht völlig gerecht. Und dies liegt daran, daß dem Verfasser der so wichtige Hintergrund der nordischen, speciell norwegischen Verhältnisse nicht vor dem geistigen Auge steht. Manches in dem Buche wäre dann minder scharf ausgeprägt worden. Niemals darf vergessen werden, daß die um die Nord- und Ostsee herum sitzenden Völker eine gemeinsame Cultur besessen haben, die in heidnischer Zeit viel stärkere Zusammenhänge hatte, als seit dem Aufkommen des fränkischen Großkönigthums. So wichtig die Sprache auch für das Recht eines Stammes ist, die einzige Grenze ist sie nicht, und der Unterschied zwischen Nord- und Südgermanen darf nicht übersehen lassen, daß Friesen und Sachsen nach dem Meere gravitirten und daß sie in alter Zeit mit den Skandinaviern in

Digitized by Google

stärkerer Fühlung gestanden haben dürften, als mit den Südstämmen Deutschlands, ja daß diese Fühlung noch in späterer Zeit anhält. Wie starke Erinnerungen an solche Urverhältnisse sich bewahren, lehrt der Langobardenstamm, dessen in Italien geschehene Rechtsaufzeichnung die Brücke vom deutschen zum skandinavischen, speciell südschwedischen (Göta-) und dänischen Rechte schlägt. Und wenn wir über der Sachsen altes Recht gar zu wenig wissen, wenn zudem Eykes Rechtsbuch, das im Binnenland entstand, den Zusammenhang mit dem nordischen Recht wenig erkennen läßt, so zeigt doch wiederum das Recht von Lübeck mancherlei nordische Anklänge, und das friesische Recht ist ohne Kenntnis des nordischen ein halbes Räthsel. Hier sind es vornehmlich die Norweger, die in Frage kommen, und wenn die ältesten Rechtsaufzeichnungen der Friesen in dunkler und verwirrter Weise dieses Zusammenhanges gedenken, so ist dies nur ein Zeugnis, daß die Volksseele sich dieser Gemeinsamkeit noch in der Erinnerung bewußt war. Freilich ist in dieser Beziehung auch gesündigt worden, wie das Beispiel des friesischen Asega lehrt. Aus der Gleichartigkeit der Bezeichnung hat man Schlüsse auf die gleiche Ausprägung des Institutes gezogen. Da hat Heck's Untersuchung denn gründlich aufgeräumt, nachdem übrigens schon Andere vor ihm Richthofens Vorstellungen wenigstens für die Zeit unserer Quellen zurückgewiesen hatten. Aber in anderen Beziehungen wäre ihm eine Kenntnis nordischer Parallelen sehr förderlich gewesen, wie z. B. seine Darstellung der Verhältnisse des friesischen Adels (§ 21) durch Heranziehung des norwegischen höldr wesentlich gewonnen hätte. Der friesische etheling ist freilich nicht ein Adliger nach Art der norwegischen lendirmenn, aber er ist darum auch kein Gemeinfreier, er entspricht dem norwegischen höldr, wie überhaupt das friesische ethel dem norwegischen odal und die von Heck auf S. 237 citirte Aeußerung der vita Hludowici, daß das „jus paternae hereditatis" den Sachsen und Friesen durch Ludwig zurückgegeben worden sei, ist das interessanteste Seitenstück zu Haralds Vorgehen gegen die norwegischen höldar,

Digitized by Google

welches die Auswanderung und Besiedelung Islands zur Folge hatte. Wer gerade die ältesten Stücke der friesischen Rechtsquellen, die Heck mit freilich nicht zwingender Beweisführung schon in das Ende des 11. Jahrhunderts setzt (denn das Hauptargument, daß von heidnischen Normannen die Rede sei, verfängt nicht, weil um die Mitte des 11. Jahrhunderts Norwegen christianisirt ist[1]) aufmerksam durchliest, der wird nicht blos durch den feierlichen Ton der Rede, durch die Lebendigkeit der Bilder und durch die Rechtsterminologie (z. B. egge et orde, suartnesueng, hornung), sondern auch durch den Inhalt der Sätze an norwegische Satzungen gemahnt. Man vergleiche z. B. blos die 24. „Constitutio" der 24 Landrechte mit der Schilderung von Gulapingslög 292, das „colloquium ubi familiares pactiones voventur" in der zwölften der XVII Küren, das Heck falsch deutet, mit dem „festar-öl" und dem Frieden des Gildehauses schwedischer und nordischer Rechte. Ist ja selbst bei dem von Heck auf S. 282, 283 hervorgehobenen Gegensatz zwischen altem Wergeld von 12 und jüngerem von 40 Mark nicht ausgeschlossen, daß nordischer Einfluß eine Rolle spielte, in welcher Beziehung ich auf meinen Königsfrieden verweise. Und daß die friesische „Wede" mit dem nordischen „vadmal" sprachlich und sachlich identisch ist, hat bereits Jaekel[2]) dargelegt. Auf der anderen Seite ist ja für derartige Untersuchungen eine Einseitigkeit des Standpunktes insofern förderlich, als sie die dem Standpunkt des Untersuchenden günstigen Momente mit Energie hervorhebt. Und hier ist dem Buche alles Lob zu spenden. Es hat das Asegenamt klar gelegt und hat die continuirliche Entwicklung friesischer Verfassungsverhältnisse dargethan.

---

[1]) Richtiger ist es, wenn man mit Schroeder, Rechtsgeschichte 2. Aufl. S. 648 hierauf das entscheidende Gewicht legt, noch weiter hinaufzugehen. Aber mir scheint der Hinweis Richthofens auf Barbarossas Landfriedensgesetz noch jetzt unwiderlegt, da der Wortlaut auffällig stimmt. Ob nicht die ursprüngliche Fassung weiter zurückzudatiren ist, will ich dahingestellt sein lassen.

[2]) Nicht „Jäckel", wie Heck fortwährend schreibt.

Digitized by Google

In diesen beiden Dingen, vornehmlich in letzterem, scheint mir das Hauptverdienst des Buches zu liegen. Das mystische Dunkel, das über Friesland schwebte, beginnt sich damit zu lichten, die Grundelemente scheinen sich als einfache zu erweisen. Ob freilich das Resultat, daß die ganze friesische Gerichtsverfassung fränkischen Ursprungs sei, sich halten läßt, will ich dahinstellen. Ich lege weniger Gewicht darauf, daß die Asegen durch die Eingesessenen in Friesland bestellt wurden, aber die Einzelfunction des friesischen Asega scheint mir mit dem Grundgedanken der fränkischen Schöffenverfassung wenig verträglich zu sein. Eher möchte ich hier an einen Rest älterer friesischer Eigenthümlichkeit denken. Heck läßt selbst die Möglichkeit offen, daß in vor unseren Quellen liegender Zeit der asega den Rechtsvortrag besessen hatte, ja er deutet sogar Eigenthümlichkeiten der älteren friesischen Rechtsquellen auf mündliche Ueberlieferung (S. 73). Wenn ich dabei freilich gewisse Bedenken hege, wie z. B. die 17 Küren von einem Geistlichen verfaßt zu sein scheinen (überall tritt die Kirche hervor und die tertia petitio mit ihrem „quia significat sacerdotem" ist besonders bedenklich, siehe auch Heck S. 53) und die 24 Landrechte mit ihrer dichterischen Ausschmückung, die auf Friesland nicht stets paßt (was sollen „Berge" in Friesland in Constitutio II?), mir auch nicht ganz verlässig sind — so ist doch eine Entwicklung vom „Rechtweiser" neben der Urtheilergemeinde zum Einzelurtheiler an Stelle der Gemeinde nur zu natürlich und auch anderswo, z. B. in Norwegen, bezeugt. Es ist sehr wahrscheinlich, daß diese Umwandlung dem fränkischen Einfluß zuzuschreiben ist, aber damit wäre die friesische Gerichtsverfassung in diesem Punkte noch nicht fränkisch geworden. Ohnehin wäre es auffallend, daß man dann das Wort „asega" behalten hätte, während doch Graf und Schulze recipirt sind. Nicht fränkisch ist weiter, daß der asega nicht blos Urtheilsfinder ist, sondern an der Gerichtsleitung theilnimmt, die Urtheilsvollstreckung hat und Verwaltungsbeamter ist (S. 69—71), daß in den höheren Gerichten mehrere Asegen zusammen thätig sind,

Digitized by Google

die mit Majorität entscheiden u. a. m. Daß Asega und Schöffe etwas innerlich Verschiedenes waren, geht ja auch aus den von Heck S. 113 ff. angeführten Stellen hervor, welche darlegen, daß noch im 13. und 14. Jahrhundert das Bewußtsein herrschte, daß der Asega etwas anderes als der Schöffe sei, wenngleich sie sich um diese Zeit bereits erheblich genähert hatten. So möchte ich den Resultaten des § 31 mich nicht unbedingt anschließen, sondern mit der herrschenden Meinung die Uebertragung der Schöffenverfassung in diesem Punkte verneinen, während ich doch nicht verkenne, daß der fränkische Einfluß im Uebrigen nach Hecks Untersuchung viel höher zu schätzen ist, als dies bisher geschah.

Das Bild der Consulatsverfassung, welches Heck in den §§ 13 ff. gewährt, zeigt bei großer Verschiedenheit der Namen der Organe, wie sich das spätere Mittelalter hindurch die alten Grundlagen erhalten haben. Manches in Terminologie und Sache scheint mir trotz Hecks und Siebs Ausführungen noch nicht völlig klar zu sein und am Besten, der Erklärung des Aufkommens aller dieser neuen zum Theil wunderlichen Namen, fehlt es noch meist. Denn in der Bezeichnung spiegelt sich doch die Wurzel des Institutes wieder. Auch möchte ich in der Deutung nicht immer Heck zustimmen, so scheint mir der eehera eher als Rechtshörer, wie als Rechtsherr zu deuten, was den Thinghörern des nordischen Rechts entsprechen würde. Auch die „Kokar" sind mir noch nicht ganz sicher, wenngleich die Sieb's'sche Deutung manches für sich hat[1]). Immerhin ist doch ein Ueberblick über das bunte Gewirr der Verhältnisse ermöglicht, und das so schwierige Studium der friesischen Rechtsquellen wird gerade durch diesen Theil des Heck'schen Buches erheblich erleichtert werden. Von Interesse ist auch der Blick auf die friesische Stadtverfassung, deren Entwicklung nicht gerade unterstützend für die Gildetheorie ist.

---

[1]) Im Schwedischen ist ein köka, reden, in gentköka und motköka erhalten. Siehe Söderwall, Ordbok, zu diesen Worten.

Digitized by Google

Die Beilagen liefern verschiedene sprachliche, numismatische (dieses Gebiet bedarf trotz Jaekel und Heck noch der Aufklärung) und quellenkritische Untersuchungen. Besser hätten hierhin auch gewisse Abschnitte des Buches verwiesen werden sollen, welche den Zusammenhang unterbrechen, so insbes. der § 21. Das Richthofensche Vorbild hat hier ansteckend gewirkt.

Alles in Allem ist das Heck-Siebssche Werk von erheblichem Werth für die Erschließung dieses „dunklen Erdtheiles" der deutschen Rechtsgeschichte. Es wird hoffentlich der Anlaß zu weiteren Untersuchungen auf diesem Gebiete sein.

Rostock. Karl Lehmann.

2. Thudichum, Friedrich von, ord. Prof. der Rechtsw. a. d. Univ. Tübingen Geschichte des deutschen Privatrechts. Stuttgart, Enke, 1894. X, 474.

Nach dem Vorworte ist dieses Werk mehr in populärer, als in exact wissenschaftlicher Absicht geschrieben, nämlich der Verfasser hat sich hier „als Leser in erster Reihe Studirende der Rechtswissenschaft gedacht, daneben sodann einen weiteren Kreis von Nichtfachjuristen, welche für. ihre Zwecke von der Geschichte des deutschen Privatrechts Kenntnis nehmen müssen, oder derselben doch ein allgemeines Interesse entgegenbringen". Gemeinverständlichkeit bezeichnet Th. als sein Streben, „Neubegründung des deutschen Selbstgefühls auch in der Werthschätzung des einheimischen Rechtes" als seinen Wunsch.

Wirklich ist dies ein Ziel, auf's Innigste zu wünschen, denn wir haben keineswegs Ueberfluß an Arbeiten, welche den reichen Stoff des sogen. deutschen Privatrechtes dem Anfänger und dem Nichtfachmann in klarem Ueberblick darlegen, und gerade für Letztern ist dies bedauerlich, da er oft als Gelehrter in verwandten Fächern, in Philologie und Geschichte das deutsche Recht überhaupt als Hilfswissenschaft heranziehen muß, und das Privatrecht insbesondere. Bei aller Verehrung aber, die wir schuldiger Weise für einen so

Digitized by Google

hervorragenden Juristen, wie Th. Hegen, ja bei aller Anerkennung der Thatsache, daß auch dieses Buch die geistige Bedeutung seines Urhebers zeigt, müssen wir doch zweifeln, ob dem Verfasser damit sein eigentliches Bemühen gelungen ist, und erlauben uns im Folgenden, zunächst dies zu begründen.

Vor Allem dünkt uns Th.'s System nicht passend zur Lösung der Aufgabe, dem Neuling oder dem Laien das richtige Verständnis für das Wesen und den Bau des deutschen Privatrechts zu geben. Wir meinen damit nicht, wenigstens nicht in erster Linie, die von Th. gewählte chronologische Darstellung, obgleich diese (bekanntlich von Schröder und Brunner für die allgemeine deutsche Rechtsgeschichte wieder aufgegebene) Methode auch bei ihm es mit sich bringt, daß bei manchen Rechtsverhältnissen die markanten Phasen der Entwicklung auf Kosten des übrigen geschichtlichen Verlaufes in der Ausführung bevorzugt werden; schon in § 2 ist dies der Fall, wo nämlich keineswegs alle nennenswerthen Rechtsbücher genannt, noch auch die genannten voll gewürdigt erscheinen [1]), ferner in § 4, die Lehre vom Geschlechtsverband enthaltend, der eigentlich nur die älteste Zeit behandelt. Bedenklicher ist schon, daß in dieser Geschichte des deutschen Privatrechtes Manches erscheint, was weder im modernen noch im mittelalterlichen Sinn Privatrecht ist, dahin gehört bereits der erste Abschnitt mit den allgemeinen Lehren über persönliche Eigenschaften und Beziehungen (Blutsverwandtschaft, Schwägerschaft, Geschlechtsverband u. s. w.), wo unter Anderm von Zurechnung von Verbrechen die Rede ist, von der Fähigkeit zum Eid und sogar zur Regierung (§ 6 das.). Dadurch, daß im dritten Buche gewisse Institute besonders erörtert werden, als mit dem öffentlichen Rechte in Zusammenhang stehende

[1]) So wird z. B. vom Rechtsbuch nach Distinctionen gar Nichts gesagt, und auch die Bedeutung der Rechtsbücher im allgemeinen nicht genug hervorgehoben. Der Swsp. ist übrigens bei aller Minderwertigkeit im Vergleich mit dem Ssp. doch mehr als Machwerk eines Stubengelehrten, wie Th. meint.

Digitized by Google

Privatrechtsverhältnisse, während Th. ebenso gut die erwähnten Lehren des 1. und noch mehr die des 4. Abschnittes (Stände des Volkes, insbesondere Bauern, Bürger, Adel, Uneheliche, Geächtete u. dgl. m., Fremde, Juden) unter diesem Gesichtspunkte hätte behandeln können und sollen, wird die Sache noch schlimmer, indem der Unkundige leicht dadurch zu dem Glauben gebracht werden könnte, daß jene andern Rechtsinstitute mit dem öffentlichen Rechte Nichts zu schaffen haben, während dies bei ihnen vielfach noch mehr zutrifft, als bei jenen des dritten Buches. Das Richtige wäre unseres Erachtens gewesen, gleich in der Einleitung eine leichtfaßliche Belehrung darüber zu geben, daß vermöge angeborner Eigenthümlichkeit und vermöge der vielen seit jeher vorhandenen selbständigen Mittelpunkte und Kreise der Rechtsbildung und Rechtspflege (zuerst Haus, Sippe, Gau, Stamm, dann im Mittelalter Land, Stadt, Lehensmannschaft, Gutsherrschaft, Berufsgenossenschaft u. s. w.) in der deutschen Rechtsanschauung niemals ein derartiger Gegensatz zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht vorhanden war, wie im römischen Recht, daß also der Ausdruck „Privatrecht" für das deutsche Recht nur cum grano salis zu nehmen sei, d. h. als Inbegriff der Rechtsinstitute, welche nach römischer Auffassung in einer gewissen wesentlichen Hinsicht privatrechtlich sind, dabei aber im deutschen Recht doch fast alle von einem andern Grundgedanken beherrscht werden, als von der utilitas privatorum, so daß sie auch nach der über das Einzelinteresse hinausgehenden Richtung hin ins Auge gefaßt werden müssen. Eine derartige Vergleichung mit der römischen Anschauung hätte weit aufklärender für den von Thudichum gemeinten Leserkreis gewirkt, als die wiederholt vorkommende Heranziehung anderer nichtdeutscher Rechte zum Vergleiche, die oft einen ganz anderen Grundgedanken zeigen als das deutsche Recht, oder eine ganz andere Potenz desselben Grundgedankens, wie z. B. die slavischen Hauscommunionen (§ 4), wo nämlich die Gemeinschaft auf eine Spitze getrieben ist, auf welcher sie im deutschen Rechte wohl niemals war,

Digitized by Google

die also auch nicht, wie Th. will, ein deutliches Bild von der altdeutschen Geschlechtsverfassung geben.

Wie solche gewagte Vergleiche, so finden sich aber auch eine Reihe von sehr gewagten und paradoxen Behauptungen; natürlich taugen diese noch viel weniger als jene Vergleiche für ein selbst nicht oder doch nicht vollkommen urtheilsfähiges Publikum. Dahin zählen wir z. B. die aus einer ganz äußerlichen Aehnlichkeit abgeleiteten Entdeckungen S. 31 und 67, daß Ssp. I 42 § 1 und Lehnr. 26 § 1 eine Herübernahme des römischen Rechtes sei, und ebenso Ssp. III 39 § 1. Denn die in den erstgenannten Artikeln enthaltene Möglichkeit, sich einen Vormund zu nehmen, („müssen" bedeutet hier [1]) „belieben") ist doch etwas Anderes, als die in gewissen Fällen und auf gewisse Art obligatorische cura minorum des römischen Rechts, auch ist diesem die facultative Vormundschaft für Leute über sechzig Jahre (gleichfalls anerkannt in Ssp. I 42) ganz fremd, und die Schuldhaft in Ssp. III 39 kann als eine Privathaft doch keine Nachahmung der primär öffentlichen Haft des justinianisch-römischen Rechtes sein.

Am Allereinseitigsten ist aber die Beleuchtung, welche durch Th. das canonische Recht, insbesondere das Eherecht findet. Man braucht kein fanatischer Ultramontaner zu sein, um dem Ausspruch auf S. 301 Opposition zu machen: „So dehnbar, so widerspruchsvoll ist dieses Netz kirchlicher Bestimmungen, daß es eine streng juristische Behandlung gar nicht verträgt." Wir waren bisher der Meinung, daß es nicht bald ein so planmäßig und echt juristisch erdachtes, dabei bis in die kleinsten Einzelheiten ausgeführtes Gesetzessystem, ein solches jus strictum gebe, wie das des canonischen Eherechtes, und daß gerade in der namentlich andern Rechtsanschauungen gegenüber rücksichtslosen Consequenz dieses Rechtes sein drückender, harter Charakter liegt. Nachdem übrigens gerade dieses

[1]) In Ldr. I 42 heißt es sogar ausdrücklich: ob he's bedarf, unde mut is wol untberen of he wel.

Digitized by Google

Recht seit Jahrhunderten von der Theorie und Praxis sehr eifrig behandelt wird, dürfte ferner die Behauptung von der nicht möglichen juristischen Behandlung discutirbar erscheinen. Aber auch sonst wird die Kirche vielfach schief beurteilt; wenn sie Th. z. B. S. 124 für die Verschlechterung der Freiheit und der Unfreiheit verantwortlich machen will, so darf man doch an das Sprüchwort erinnern: „Unter dem Krummstab ist gut wohnen".

Ist somit in dem Buche Manches enthalten, was einem Nichtkenner zum Mindesten kein objectives Urteil gewährt, so fehlt andererseits darin nicht Weniges, worüber man Aufschlüsse erwarten dürfte, es ist keineswegs der ganze, d. h. auch nicht der ganze für ein populäres Privatrecht darzustellende Stoff behandelt. Wir finden Nichts über Rechtsgemeinschaft- und Associationsformen, über Genossenschaft, juristische Person, communio pro diviso und pro indiviso, über welche nach Gierke, nach Kuntze u. a. doch leicht und viel zu reden wäre, nichts über Kauf, Miethe, Leihe, Spiel, Wette, Tragen der Gefahr und Haftung für Sorgfalt in Schuldverhältnissen[1]), über das Erbrecht nach dem Sachsenspiegel und die spätere Abschwächung des Wartrechtes, dann hätten die so wichtigen Immaterialgüterrechte (Urheber-, Erfinder- und Markenrecht) doch ebensogut eine Berücksichtigung verdient, wie Jagd-, Berg- und Wasserrecht, auch sie hängen ja, historisch insbesondere, wie diese mit dem öffentlichen Recht zusammen. Aber auch das Dargestellte ist oft zu flüchtig behandelt, wie z. B. das Ueberhangs- und Ueberfallsrecht, der Verpflichtungsgrund und die Form bei Verträgen, insbesondere auf die eigentliche juristische Vorstellung und Construction wird fast nirgends eingegangen, was ja auch gerade für ein populäres Handbuch ein Fehler ist. Nicht minder sind bei den Citaten manche Werke vergessen, die auf die Anführung Anspruch machen könnten, so für die Darstellung der Verhältnisse der Dienstmannen und Schöffenbaren die bahnbrechenden Untersuchungen

[1]) Der Hinweis auf Stobbe's Handbuch Bd. 3 in § 39 ist kein Ersatz dafür.

Digitized by Google

von Siegel und von Zallinger, und gar für das Fideicomniß die nahezu epochalen von Hofmann.

Leider teilt sich die Flüchtigkeit der Behandlung hie und da auch der Wortfassung mit, es begegnen uns, wenngleich vereinzelt, grammatisch uncorrecte Ausdrücke oder Verbindungen von Ausdrücken, so z. B. schon im Inhaltsverzeichnis (S. IX) der undeutsche Nominativ „Saliken" statt „Salier", S. 28 „höhere Alter", als Plural gemeint für „höhere Altersstufen", und auf S. 355 gar „Das lex Visigothorum" sowie es schon S. 1 heißt „Eichhorn ... hatte das System .... eingeschlagen". „Einschlagen" kann man ja doch nur von einer Richtung, einem Weg, sagen, ein System entwirft oder befolgt man.

Mit Feststellung dieser sprachlichen Fehler sind wir aber am Ende dessen, was wir, trotz des besten Willens, bekämpfen mußten, und können uns nun dem Lobe hingeben. Nämlich schon die Sprache ist im Uebrigen sehr zu rühmen wegen ihrer klaren von bandwurmartigen Perioden, wie sie Juristen so sehr lieben, freien Kürze. Dann aber bietet uns Th. eine große Menge von einzelnen Daten und Bemerkungen, die für jeden Rechtshistoriker von größtem Interesse sind.

Daß in dieser Beziehung das vierte Kapitel des dritten Buches „die Almendverfassung im 13. bis 19. Jahrhundert" schon als dankenswerther Auszug aus Th.s großen Werken auf diesem Gebiet obenan steht, ist selbstverständlich, auch § 62 mit geistvollen Bemerkungen über die Morgengabe gehört hierher, die sich an die Abhandlung des Verfassers „Der Begriff der ehelichen Abstammung", eine seiner neuesten Arbeiten, anschließen. Kurz, bei allen Mängeln hätte doch ein Mann von geringerer wissenschaftlicher Bedeutung uns derartiges nicht bringen können.

Wenn wir also Th.s Geschichte des Privatrechtes unseren Hörern und nichtjuristischen Collegen nicht, d. h. wenigstens zur Einführung in diese Lehre nicht in die Hände geben wollen, so sollen wir als Fachleute, welche die Mängel als solche zu erkennen

Digitized by Google

und von dem Richtigen zu scheiden wissen, es um jener vielen Daten willen als ein für uns entschieden brauchbares, ja werthvolles Buch behalten und schätzen.

Prag. H. Schuster.

3. Neukamp, Dr. Emil, Amtsrichter, Einleitung in eine Entwicklungsgeschichte des Rechts. Berlin 1895, C. Heymann. 8°. XXII u. 192 S.

Die vorliegende Schrift bildet nur die Ankündigung und Vorbereitung einer weitausholenden Arbeit, einer allgemeinen „Entwickelungsgeschichte des Rechts". Damit meint Verfasser nicht die Darstellung der concreten Vorgänge, welche die vielen uns bekannten Rechtsordnungen hervorgebracht haben — eine Darstellung, wie sie die Disciplin der Rechtsgeschichte zu bieten pflegt —, sondern die Darlegung des innern Zusammenhanges der rechtlichen Erscheinungen, die Aufdeckung von Gesetzen, nach welchen sich die Entwicklung und Weiterbildung des Rechtes vollzieht (s. z. B. S. XVIII). Das in Aussicht genommene Werk ist aber in ähnlichem Sinne gedacht (S. 94 f.), wie das bekannte posthume Bruchstück von Ihering. Verfasser anerkennt, daß heute weder er noch sonst Jemand die rechtliche Entwickelung aller Völker überblicken und verarbeiten könnte. Er gedenkt auch seine Arbeit „zunächst auf das griechische, römische und germanische Recht zu beschränken" (108). Die Allgemeingiltigkeit etwaiger Resultate wird ihm wahrscheinlich durch die Annahme (104), „daß sich gewisse Erscheinungen des Entwickelungsganges, wenn nicht bei allen, so doch bei der überwiegenden Mehrzahl der Völker als typische wiederfinden werden, da die menschliche Natur gewisse Grundzüge überall aufweist". Da der Verfasser ferner annimmt (108), daß „die beiden Seiten des Rechts, seine Form und sein Inhalt, scharf zu scheiden sind", so wird er zunächst „die Entwickelungsgeschichte der Rechtsform" als ersten Theil publiciren, worin die gesammte Lehre von den sog. Rechtsquellen enthalten sein soll.

Digitized by Google

Das vorliegende Heft (108 Seiten Text) erscheint nur als Einleitung und Vorrede für die oben erwähnte spätere Arbeit. Es erörtert in drei Capiteln die Möglichkeit und voraussichtliche Ersprießlichkeit der künftigen Untersuchungen, das Verhältnis derselben zu den bisherigen Irrwegen der Rechtswissenschaft, (Resultate dieser Ausführungen S. 74, 75), endlich die anzuwendende Methode.

Was nun die Beurtheilung der vorliegenden Ausführungen betrifft, so sei gleich vorausgeschickt, daß dieselbe dem zu erwartenden Hauptwerk in keiner Weise präjudiciren soll und kann. Es gilt hier, was für Vorreden überhaupt gilt, sie entsprechen viel mehr dem Bedürfnisse des Autors, als dem Bedürfnisse des Publikums, und sind deshalb regelmäßig überflüssig und ohne Einfluß auf die Beurtheilung des Werkes. Ob die Untersuchungen des Verfassers irgend welche Ergebnisse haben können und haben werden, und welche Bedeutung diesen etwaigen Ergebnissen zukommen könnte, darüber läßt sich absolut nichts im Voraus sagen, selbst wenn die jetzigen Ausführungen des Verfassers viel vollständiger und eingehender wären. Ebenso steht es mit den methodischen Erörterungen. Solche sind zwar sehr werthvoll für die Kritik und Polemik, wenn es sich darum handelt, die Fehlerquellen bisheriger Ansichten aufzudecken. Aber der Nachweis der richtigen Methode bleibt fruchtlos, wenn es an der Kunst fehlt, sie zu gebrauchen, und anderseits kann man zu richtigen Resultaten gelangen, ohne der Methode sich bewußt zu sein. Wir betonen aber nochmals, daß es dem Hauptwerk nicht zum Schaden gereichen soll, und daß man demselben mit Interesse entgegen sehen kann, wenn auch die vorliegenden Ausführungen manche Bedenken erregen — Bedenken, die sich hier nur andeuten lassen, weil sie weniger die Ansichten betreffen, die der Verfasser vertritt, als die Art, wie er sie vertritt.

Verfasser beginnt mit der Frage, ob es möglich ist, wie Naturgesetze, so auch Gesetze der menschlichen Culturentwicklung zu ergründen (letztere nennt Verf. „psychische“ Gesetze, sehr unpassender Weise, denn es handelt sich nicht um die psychischen Vorgänge im

Digitized by Google

Einzelmenschen, welche die Psychologie naturwissenschaftlich behandelt). Auch wer die Frage zu bejahen geneigt ist, wird von den Ausführungen des Verfassers nicht befriedigt sein, da das Problem anderwärts schon besser und vollständiger behandelt ist, namentlich in der volkswirthschaftlichen Literatur (s. z. B. Neumann, „Naturgesetz und Wirthschaftsgesetz" in Schäffle's Zeitschr. 1892 S. 405--475), die Verf. anscheinend gar nicht berücksichtigt hat.

Auch was Verf. über die aprioristische Behandlung und naturrechtliche Auffassung des Rechtes und gegen den neuesten — erfreulicherweise ganz vereinzelten — Vertreter solcher Auffassung (Stammler) ausführt, ist gewiß an sich ganz zutreffend, kann aber doch nicht als eine dem heutigen Stande der Literatur entsprechende befriedigende Darstellung angesehen werden. Die Doctorfrage, ob die Jurisprudenz als Wissenschaft anzusehen sei, wäre überhaupt am besten bei Seite gelassen worden.

Am wenigsten befriedigen die methodischen Erörterungen. Verfasser sagt, „daß die »ethnologische Methode« für eine Entwicklungsgeschichte des Rechts brauchbare Ergebnisse nicht zu liefern vermag" (S. 84, 88). Was ist das aber „ethnologische Methode"? Verfasser charakterisirt sie durch die Anführung von drei Vertretern (Post, Hildebrand, Letourneau) und mit der Bemerkung, daß sie „das Problem der Entwicklungsgeschichte mittelst Zuhilfenahme der Ethnologie zu lösen suchen" (77). Nun, die Zuhilfenahme der Ethnologie ist doch noch keine Methode, abgesehen davon, daß ohne Zuhilfenahme des ethnologischen Materials eine allgemeine Entwicklungsgeschichte überhaupt nicht zu gewinnen ist, wie Verf. selbst meint (101). Und was Verf. als abschreckende Beispiele aus den Schriften der angeführten Vertreter hervorhebt, als: Verwendung unsicherer und uncontrolirbarer Nachrichten, voreilige Schlüsse aus einzelnen Thatsachen, Willkür bei der Gruppirung und Verwerthung der Thatsachen, nun so können das doch niemals Mängel einer „Methode" sein, sondern höchstens Mängel ihrer Anwendung. Auch scheint Verfasser gar nicht zu

Digitized by Google

sehen, daß Hildebrand in seinen kurzen Andeutungen doch einen ganz anderen Standpunkt einnimmt als etwa Post; er geht nicht einfach von den ethnologischen Notizen aus, sondern er geht aus von einer aus wirthschaftlichen Erwägungen geschöpften Hypothese und versucht dieselbe an den bekannten Thatsachen zu verificiren. Ob es überhaupt ein anderes logisches Verfahren in solchen Dingen geben kann, erscheint uns fraglich. Welches Verfahren aber Verfasser für seine Untersuchungen in Aussicht nimmt, davon wird sich wohl kein Leser aus seinen vorliegenden Bemerkungen eine klare Vorstellung machen können.

Prag, September 1895.

Emil Pfersche.

Digitized by Google

III.

Civilrecht.

1. a) Hanau, Hermann, Kammergerichtsreferendar, Die Voraussetzungen, unter welchen nach gemeinem Rechte der Mandant für Schaden haftet, welcher dem Mandatar bei Ausführung seines Auftrages erwächst. Ein Beitrag zur Lehre von der Haftpflicht. 86 S. Berlin, 1894. Verlag von Puttkammer & Mühlbrecht.

   b) Kekule. Stephan v., Dr. phil., Kammergerichtsreferendar, Die Schadensersatzpflicht des Mandanten nach gemeinem Rechte. Berlin 1894. 106 S.[1])

Bekanntlich findet sich das Quellenmaterial in den beiden Digestenstellen L 26 § 6 und 7 D mandati 17,1 und L 61 § 5 D de furtis 47,2. Die erste hat den Paulus, die letzte den Africanus zum Verfasser.

Die herrschende Lehre behauptet, der Mandant hafte nur dann für Schaden, wenn er in culpa sei. Dies wird darauf gestützt, daß Africanus ausführt, mandantis culpam esse, qui talem servum emi sibi mandaverit, und Paulus sagt: quod si ego scissem, talem esse servum nec praedixissem, ut possis praecavere, tunc quanti tua intersit, tantum tibi praestari oportet.

Darüber herrscht Meinungsverschiedenheit, ob beide Stellen mit einander in Widerspruch stehen; denn Africanus sagt, es komme nicht darauf an, ob der Mandant, der den Auftrag zum Ankaufe eines bestimmten Sklaven gegeben habe, gewußt oder nicht

---

[1]) Die erst während Drucklegung dieser Besprechung erschienene Abhandlung von Eisele, die Haftung des Mandanten für Schaden des Mandatars, Archiv für die civilistische Praxis Bd. 84 S. 319—357, konnte leider nicht mehr benutzt werden.

Digitized by Google

gewußt habe, daß der Sklave diebiſch ſei, während Paulus ſich zunächſt der Anſicht des Neratius anzuſchließen ſcheint, nach welcher der Mandatar mittels der Actio mandati contraria den Anſpruch auf Noxae datio geltend machen kann, und für den Fall, daß der Mandant trotz Wiſſens um den diebiſchen Character dem Mandatar keine bezügliche Mittheilung gemacht habe, den Mandatar auf das volle Intereſſe haften laſſen will. Auch darin ſcheint ein Widerſpruch zu liegen, daß Africanus allgemein den Satz aufſtellt: multo aequius esse, nemini officium suum damnosum esse, während Paulus unterſcheidet, ob die nachtheiligen Folgen magis casibus quam mandato zu imputiren ſeien, und im Falle eines Vorliegens von Casus die Erſatzverbindlichkeit des Mandanten ablehnt.

Beide mit großem Fleiße geſchriebene Arbeiten beſchäftigen ſich nun mit der Unterſuchung, ob wirklich ſolche Meinungsverſchiedenheit zwiſchen Africanus und Paulus beſteht. Die Frage kann verſchieden beantwortet werden, je nachdem angenommen wird, daß derſelbe oder ein verſchiedener Sachverhalt den Entſcheidungen zu Grunde liegt; beide Unterſuchungen erachten den angeblichen Widerſpruch zwiſchen Africanus und Paulus als in der That nicht vorhanden, und auch das gewonnene Reſultat iſt annähernd dasſelbe.

Hanau faßt dasſelbe in folgenden Sätzen zuſammen (S. 63):

Vorausgeſetzt, daß der Mandatar nicht in Culpa iſt, haftet der Mandant für Schaden, welcher dem Mandatar bei Ausführung ſeines Auftrags erwächſt:

A. a) wenn der Schaden durch ſeinen Dolus, Culpa lata oder Culpa levis entſtanden iſt;

b) wenn der Schaden durch Zufall entſtanden iſt, ſofern dieſer Zufall auf ein inneres Moment des Auftrags als ſeine Veranlaſſung mit Beſtimmtheit zurückgeführt werden kann.

Digitized by Google

B. Er ist dagegen von der Haftung befreit:

a) wenn der zufällige Schaden ein anderer als von der unter A. b) genannten Art ist;

b) wenn der Schaden durch eigene Culpa des Mandatars entstanden ist.

v. Kekule dagegen spricht sich dahin aus (S. 79):

Ist ein Schaden durch den Mandanten in keinerlei Weise veranlaßt, so haftet der Mandant nicht. Dies ist namentlich der Fall:

1. wenn der Schaden eine Folge einer Culpa des Mandatars ist;
2. wenn der Schaden eine Folge einer Ueberschreitung des Auftrages seitens des Mandatars ist, oder wenn er entstanden ist, weil dieser einen Dritten den Auftrag ausführen ließ;
3. wenn der Schaden eine Folge der, dem Mandatar freigestellten, Art der Ausführung ist;
4. wenn der Schaden ein rein zufälliger ist.

Der Mandant haftet dagegen, wenn ein Schaden durch ihn veranlaßt worden ist. Also namentlich

1. wenn der Mandant in Culpa ist,
2. wenn der Schaden eine Folge des Inhalts des Mandates ist,
3. wenn der Schaden eine Folge der Uebermittelung des Mandates ist.

Es ist zum besseren Verständnis dieser Schlußsätze zu bemerken, daß beide, Hanau (S. 10), wie v. Kekule (S. 20), den Begriff des Schadens begrenzen auf einen den Mandatar unabhängig von Nichterfüllung der dem Mandanten obliegenden allgemeinen Ersatzverbindlichkeit treffenden Schaden.

Nicht streitig ist in der bisherigen Lehre, daß Dolus und Culpa des Mandanten dessen Haftung begründen, Dolus und Culpa des Mandatars seine Ersatzansprüche ausschließen. Der Streitpunkt

Digitized by Google

liegt vielmehr nur darin, 1. ob in gewissen Fällen eine Culpa des Mandanten angenommen werden kann; 2. in welchem Umfange ein zufälliger Schaden den Mandanten oder den Mandatar in seinem schließlichen Resultate belastet.

Die beiden Quellenstellen handeln beide von dem Mandat, einen Sklaven anzukaufen, der den Mandatar nach Ausführung des Auftrages bestiehlt. Complicirt wird die Frage nach der Haftung dadurch, daß im römischen Recht eine Noxae datio des Sklaven stattfand, durch welche in der Regel der Anspruch des Bestohlenen erledigt werden konnte. Deshalb dreht sich in den Quellenstellen die Entscheidung darum: ob an Stelle der Noxae datio der bestohlene Mandatar Ersatz des Nachtheils beanspruchen könne, und ob der weitergehende Anspruch des Mandatars auf eine Culpa des Mandanten zurückzuführen sei. Beide Arbeiten bestreiten nun, daß von einer Culpa, in dem gewöhnlichen Sinne, als einem Verschulden, die Rede sein könne, soweit es sich darum handele, daß der Auftrag zum Ankauf eines Sklaven gegeben wird, der sich nachher als Dieb offenbart. Hanau wendet sich insbesondere (S. 20 und 21) gegen die Auffassung, daß die Unterlassung einer allgemein gehaltenen Warnung oder näherer Erkundigung und Vergewisserung über den Charakter des Sklaven dem Mandanten als Culpa anzurechnen sei. Diesen Stein des Anstoßes, den die Africanus-Stelle in dem Passus enthält: nam certe mandantis culpam esse qui talem servum emi sibi mandaverit et similiter ejus, qui deponat, quod non fuerit diligentior circa monendum, qualem servum deponeret beseitigen sie nun auf verschiedene Weise. Hanau (S. 45) nimmt an, der ganze Passus von „et sicut“ an beziehe sich gar nicht mehr auf den Fall des Nicht-Wissens, von dem Africanus von den Worten an „et quidem hoc amplius quam in superioribus causis servandum“ gesprochen habe, sondern schon wieder auf den ersten Fall, wo der Mandant um die diebische Natur des Sklaven weiß, auf den Fall des Wissens, von dem Africanus am Eingang der

Digitized by Google

Stelle gesprochen habe. Die ganze Stelle gliedere sich deutlich folgendermaßen: Im Eingange spreche Africanus zunächst einen Zweifel aus, dann suche er diesen zu widerlegen, indem er die Haftung selbst im Falle des Nicht-Wissens durch die bekannten Sätze und die Anführung des Depositums zu begründen suche, und schließlich lenke er wieder ein, indem er ausführe, wenn der Mandant selbst für den durch seine Unkenntnis entstandenen Schaden haften müsse, so müsse ihm doch erst recht das wissentliche Verschweigen als Culpa angerechnet werden.

Gegen diese Erklärung wendet sich v. Kekule; er wirft Hanau vor, daß er zwischen die Worte: qui talem servum emi sibi mandaverit ein „sciens" hinein interpretire und übersehe, daß das wissentliche Verschweigen schon nicht mehr Culpa, sondern offenbar Dolus sei, mindestens aber Culpa lata.

Dieser Vorwurf erscheint begründet; will man auch zugeben, daß Hanau's Versuch, die vorhandenen Schwierigkeiten zu beseitigen, geistvoll ist, so liegt doch in demselben gleichzeitig für Africanus, oder wie Hanau meint, die Compilatoren der Vorwurf, es an der genügenden Klarheit und Uebersichtlichkeit der Construction haben fehlen zu lassen.

v. Kekule (S. 66) findet die Lösung der Schwierigkeit in der Annahme, daß in dem Satze: nam certe mandantis culpam esse qui talem servum emi sibi mandaverit et similiter ejus qui deponat, quod non fuerit diligentior u. s. w. die gesperrten Worte interpolirt seien. Wenn v. Kekule daran Anstoß nimmt, daß Africanus ebenso wie vom Deponenten so vom Mandanten gesagt haben soll, seine Culpa bestände darin, daß er beim Deponiren nicht die gehörige Sorgfalt angewendet habe, so ist dieser Vorwurf unbegründet. Wir verweisen auf die in L 1 §§ 12 und 13 D. depositi 16,3 gegebenen Entscheidungen Ulpians, betreffend das sogenannte Mandatum custodiae. Auch in der Africanus- wie in der Paulus-Stelle erstreckt sich das Mandat ersichtlich nicht nur auf den Ankauf des Sklaven, sondern

Digitized by Google

auch auf deſſen Aufbewahrung bis zur demnächſtigen Ablieferung an den Mandanten oder einen Dritten. Africanus kann alſo ſehr wohl auch bei dem Mandanten von einem Deponiren ſprechen. Auch die Bedenken gegen das Wort „sibi“ in „qui talem servum emi sibi mandaverit können nicht getheilt werden. Es heißt vorher: aequius esse nemini officium suum, quod eius, cum quo contraxerit, non etiam sui commodi causa susceperit, damnosum esse. Das Wort „sibi“ bedeutet „in ſeinem Intereſſe“, im Gegenſatz zu einem etwaigen gleichzeitigen Intereſſe des Mandatars; denn gerade aus dem mangelnden perſönlichen Intereſſe des Mandatars an der Ausführung leitet Africanus die Haftung des Mandanten ab.

Gleichwohl iſt die Möglichkeit einer Interpolation nicht von der Hand zu weiſen, und es iſt das Verdienſt v. Kekule's, auf dieſe Möglichkeit hingewieſen zu haben.

Eine andere Frage iſt es, ob wirklich von einer Culpa nicht ſchon um deswillen die Rede ſein kann, weil der Mandant den Auftrag zum Ankauf eines „talis servus“ gegeben hat.

Culpos handelt unſerer Meinung nach nicht nur, wer ſeinerſeits eine Handlung vornimmt, die er bei genügender Sorgfalt nicht vornehmen ſollte, oder die Vornahme einer Handlung unterläßt, welche er bei genügender Sorgfalt vornehmen ſollte, ſondern auch derjenige, welcher, obwohl er nach dem Contractsverhältnis ſeine Sorgfalt auch auf die von Anderen vorzunehmenden Handlungen erſtrecken ſollte, durch actives oder paſſives Verhalten einen Andern von der Beobachtung genügender Sorgfalt abhält. Ein ſolcher Fall der Culpa liegt der Africanus-Stelle zu Grunde. Der Mandatar kann mit vollem Recht ſagen: „Mein Mandant kennt den Sklaven, den zu kaufen er mir aufgetragen hat, denn ſonſt würde er ſeinen Auftrag nicht auf dieſen beſtimmten Sklaven gerichtet haben; wenn er aber den Sklaven ſo genau kennt, daß er den Ankauf gerade dieſes Sklaven anordnet, dann wird er aber auch den Charakter desſelben kennen, und wenn der Sklave diebiſch

Digitized by Google

ist, mir Mittheilung zugehen lassen; wenn er aber den Charakter des Sklaven nicht kennen sollte, würde er mir sicherlich hiervon Bescheid geben".

Anders liegt die Sache, wenn der Ankauf eines nicht der Person nach bestimmten Sklaven angeordnet ist. Von diesem Falle spricht Africanus ersichtlich nicht. Wir glauben nicht, daß Africanus in diesem Falle auf ein Mandat auf Ankauf eines vom Mandatar zu wählenden Sklaven einfach den Satz angewendet haben würde: Aequius esse, nemini officium suum ... damnosum esse. Denn ganz mit Recht hätte er einwenden können, nicht das officium, der Gefälligkeitsdienst, sondern die bei Gelegenheit eines solchen von dem Mandatar an den Tag gelegte Nachlässigkeit sei die wahre Ursache seines Schadens gewesen. Worin liegt die Nachlässigkeit? Darin, daß er es unterläßt, den Verkäufer zu einer Erklärung zu veranlassen, ob der Sklave diebisch ist, oder nicht. Daß solche Frage im Handel mit Sklaven geschäftsüblich war, ergiebt sich aus zwei Stellen Ulpian's L 17 § 20 D de aedilicio edicto 21,1 und L 31 D de evictionibus 21,2.

L 17 § 20 cit.: Si quis affirmaverit, aliquid adesse servo, nec adsit, vel abesse et adsit (tenetur), ut puta, si dixerit furem non esse et fur sit; ... hi enim, quia, quod adseveraverunt, non praestent, adversus dictum promissumve facere videntur. L 31 cit.: Si ita quis stipulanti spondeat, „sanum esse, furem non esse" ... hoc enim continere, quod interest, horum quid esse, vel horum quid non esse.

Ließ sich auf diese Weise der Mandatar zusagen oder versprechen, daß der Sklave nicht diebisch sei, so haftete der Verkäufer ihm für das volle Interesse, wenn sich hinterher das Gegentheil herausstellte. Erklärte dagegen der Verkäufer, der Sklave sei diebisch, so hatte es ja der Mandatar in der Hand, entweder den Ankauf des Sklaven abzulehnen, oder die nöthigen Vorkehrungen zum Schutz gegen Diebstahl zu treffen, z. B. ihn zu fesseln oder sonst gefangen zu halten, wozu er nach der sonstigen Verkehrsauf-

Digitized by Google

fassung nicht veranlaßt oder verpflichtet war. Der Mandatar konnte also, abgesehen von etwa eintretender Insolvenz des Verkäufers, nicht zu Schaden kommen, wenn er es an der erforderlichen Sorgfalt bei Abschluß des Kaufes, oder, wenn er von dem diebischen Charakter des Sklaven Kenntnis erhalten hatte, während der Verwahrung des Sklaven nicht fehlen ließ, z. B. durch Fesselung des Sklaven vgl. § 16 i. f. J de lege Aquilia 4. 3.

Bei dem Auftrag zum Ankauf eines der Person nach bestimmten Sklaven lag dagegen keine Veranlassung für den Mandatar vor, eine entsprechende Frage an den Verkäufer zu richten. Der Mandatar hatte, da ein imperatives Mandat vorlag, nicht die Wahl, ob er den Sklaven kaufen wollte, oder nicht. § 11 J de mandato 3. 26. Er hatte daher auch bei Ankauf des Sklaven nicht die gleiche Sorgfalt anzuwenden wie in dem Falle, in dem ihm die Auswahl des Sklaven überlassen war, und hätte er ihn ohne Ursache fesseln wollen, so hätte er sich gerechte Mißbilligung zugezogen. Vergl. Ihering, Geist des römischen Rechts Theil II S. 172 ff.

Wir sind daher der Meinung, daß die Bezeichnung „Culpa“ für das Verhalten eines Mandanten mit Recht gewählt ist, der zum Ankauf eines diebischen Sklaven Auftrag gibt, ohne dem Mandatar von der Kenntnis des diebischen Characters oder von der aus dem Mangel genauerer Kenntnis entspringenden Gefahr Mittheilung zu machen.

Wollte man die Meinung aufstellen, daß in L 65 § 5 D de furtis 47,2 die ganze Lehre von der Haftung des Mandanten enthalten sei, so würde man allerdings nur zu folgendem Resultat kommen.

Der Mandant haftet für den aus dem diebischen Character eines von dem Mandatar nach bestimmtem Auftrag gekauften Sklaven dem Mandatar erwachsenen Nachtheil und zwar gleichgültig, ob er von dem diebischen Character Kenntnis gehabt hat, oder nicht, auf Grund der Thatsache, daß der Mandatar von dem diebischen Charakter keine Mittheilung erhalten hat.

Digitized by Google

Fraglich bleibt es danach, ob nach der Auffassung des Africanus die Haftung verneint werden soll, wenn der Mandant Mittheilung gemacht hat, aber gleichwohl ein Schaden entstanden ist, ob ferner, wenn die Auswahl dem Ermessen des Mandatars anheim gestellt war, der Mandant — abgesehen von Noxae datio — von jeder Haftung frei war; ob endlich die bezüglich des diebischen Sklaven geltenden Grundsätze Ausnahmebestimmungen sind, oder nur Beispiele einer allgemein gültigen Regel bezüglich der Haftung der Mandanten für einen durch Ausführung oder bei Gelegenheit der Ausführung des Mandats dem Mandatar erwachsenden Nachtheil. Wollte man mit Hanau den Begriff der Culpa in der Africanus-Stelle einschränken auf den Begriff der Veranlassung, so müßte man den Mandanten haften lassen, auch wenn er von seiner Kenntnis über den Charakter des Sklaven Mittheilung gemacht hatte, sofern nicht ein Fall vorliegt, in welchem culpa ipsius, qui mandatum susceperit, intercedat (L 61 § 7 D de furtis 47,2). So weit geht aber Africanus nicht, denn er spricht in § 5 ersichtlich nur von Verschweigen und zwar in dem doppelten Sinne, dem Verschweigen einer dem Verschweigenden bekannten Thatsache, wie dem Verschweigen des Umstandes, daß er keine Kenntnis von dem Charakter des Sklaven hat. Man wird aber keineswegs immer sagen können, daß der Mandatar nothwendig in culpa sein müsse, wenn er sich trotz Kenntnis von dem diebischen Charakter des Sklaven doch bestehlen lasse, oder wenn er ohne genügende Kenntnis besondere Sicherungsmaßregeln unterlasse. Wir glauben daher nach dem Inhalt der Africanus-Stelle annehmen zu müssen, daß im Falle der Mandant sich nicht durch Verschweigen haftbar macht, er nicht weiter in Anspruch genommen werden kann, als jeder Dritte, dessen Sklave einen Diebstahl verübt, daß er sich also durch Noxae datio frei machen kann.

Ebenso muß die Entscheidung ausfallen bezüglich der zweiten Frage, ob, wenn die Auswahl des Sklaven dem Ermessen des Mandatars freigestellt war, der Mandant, abgesehen von der Noxae

Digitized by Google

datio, von jeder Haftung frei war. Denn auch in dieſem Fall kann von einem Verſchulden des Mandanten keinerlei Rede ſein, während, wenn man Culpa als Veranlaſſung auslegen will, kein Grund vorhanden ſein würde, den mit gehöriger Sorgfalt bei Auswahl des Sklaven zu Werke gehenden Mandatar anders zu behandeln, als wenn er einen durch die Perſon des zu kaufenden Sklaven beſtimmten Auftrag ausgeführt hätte.

Fragen wir nun, ob die bezüglich des diebiſchen Sklaven geltenden Grundſätze Ausnahmebeſtimmungen ſind, oder nur Beiſpiele einer allgemein gültigen Regel bezüglich der Haftung des Mandanten für einen durch Ausführung oder bei Gelegenheit der Ausführung des Mandates dem Mandatar erwachſenen Nachtheil, ſo glauben wir uns dahin entſcheiden zu müſſen, daß Africanus an einem Beiſpiel die Regeln hat aufſtellen wollen.

Dieſe Regel möchten wir in Anknüpfung an das oben Ausgeführte dahin zuſammenfaſſen:

Der Mandant iſt verpflichtet, dem Mandatar bezüglich des Gegenſtandes des Mandates alle Mittheilungen zu machen, welche auf das Verhalten des Mandatars insbeſondere bezüglich der von dieſem anzuwendenden Sorgfalt von irgend welchem Einfluß ſein können: es genügt nicht, daß er in Folge eigener Nicht-Kenntnis nicht in der Lage war, ſolche Mittheilungen zu machen, wenn nur der objective Thatbeſtaud Veranlaſſung zu denſelben gegeben haben würde. Dieſe Verpflichtung erſtreckt ſich nicht nur auf den Zeitpunkt, in welchem der Auftrag ertheilt wurde, ſondern auf den geſammten Zeitraum, bis zur Abwickelung des aufgetragenen Geſchäfts. Erfüllt der Mandant dieſe Verpflichtung, ſo iſt er von weiterer Verantwortung frei; erfüllt er ſie nicht, ſo treffen ihn die Folgen der Vernachläſſigung.

Neben dieſer Regel kommt die Frage in Betracht, ob der Mandant, welcher ſeiner Verpflichtung genügt hat, für etwaige Zufälle haftet, d. h. ob er verpflichtet iſt, ſolchen Schaden zu erſetzen,

Digitized by Google

den der Mandatar, obwohl von beiden Seiten die höchste Sorgfalt angewendet ist, gleichwohl erlitten hat.

Diese Frage führt uns zu einer näheren Betrachtung der obenerwähnten Paulus-Stelle.

Hanau findet sich mit der L 26 § 7 D. mandati 17,1 ziemlich leicht ab, die Worte „Neratius ait mandati actione se consecuturum ut servus tibi noxae dedatur", bilden den Hauptgegenstand seiner auf diese Stelle gerichteten Untersuchung. Er faßt dieselben dahin auf (S. 54): Der Anspruch des Mandatars auf Noxae datio stütze sich auf eine contractliche Verbindlichkeit. Würde diese Auffassung richtig sein, so wäre die Folge darin enthalten: der Mandant haftet dafür, daß der Sklave, der auf Grund seines Mandates gekauft ist, den Mandatar nicht bestiehlt, und in der That kommt Hanau auch S. 56 zu dem Schluß: Paulus wie Africanus lasse den Mandanten auch im Falle des Nicht-Wissens, also auch für den Fall des zufälligen Schadens generell haften, und zwar unlimitirt, denn die Befreiung durch Noxae datio stelle nicht etwa die allgemeine Regel limitirter Haftung dar, sondern nur die allgemeine Regel voller Haftung mit den Besonderheiten eines bezüglich des Sklaven als Gegenstandes concreten Falles. Mit der Schwierigkeit, die daraus entsteht, daß Paulus den Anspruch auf das „quanti tua intersit" an die Voraussetzung knüpft: „quod si ego scissem talem esse servum, nec praedixissem, ut possis praecavere" befaßt sich Hanau nicht; er erblickt eben keinen Widerspruch zwischen der Africanus- und der Paulus-Stelle, weil er nach dem Citat aus Neratius volle contractliche Haftung für den Zufall annimmt.

Dagegen beschäftigt sich v. Kekule eingehend mit der Paulus-Stelle. Er hebt mit Recht hervor, daß das Mandat zum Ankauf eines Sklaven gewiß niemals ganz generell gelautet habe, sondern irgend eine nähere Bezeichnung des besonderen Zweckes, für den der Sklave bestimmt war, und der sich aus solchem ergebenden besonderen Eigenschaften wohl die naturgemäße Regel gewesen sei.

Digitized by Google

Auf Grund einer eingehenden sprachlichen Untersuchung kommt v. Kekule zu dem Resultat: der Fall sei so zu denken, daß der Mandant zwar einen allgemeinen, die Auswahl des Mandatars erfordernden Auftrag gegeben habe, indeß in Kenntnis der Thatsache, daß ein bestimmter Sklave diebischer Natur zum Verkauf stand. Würde der Mandant den Mandatar hierauf aufmerksam gemacht haben, so würde er damit den Schaden haben abwenden können; der Fall sei von Paulus als ein Ausnahmefall gedacht, und die Entscheidung stütze sich demnach ebenso, wie die des Africanus, auf eine Culpa des Mandanten. v. Kekule bezeichnet seine Auslegung indeß selbst S. 40 als etwas künstlich. Sollte sich nicht doch eine andere, wenigstens ebenso befriedigende Möglichkeit fördern lassen?

Nicht die Haftung dafür, daß der Sklave den Mandatar bestohlen hat, wird dem Mandanten auferlegt, sondern die Haftung dafür, daß er es an einer Warnung hat fehlen lassen. Diese Warnung aber braucht nicht nothwendig bei Ertheilung des Mandates zu geschehen, sondern kann auch später noch rechtzeitig erfolgen. Das Mandat erschöpft sich ja nicht mit dem Ankauf des Sklaven, sondern, wie bei Betrachtung der Africanus-Stelle näher erörtert ist, hat der Mandatar gleich einem Depositar den ihm von dem Verkäufer gelieferten Sklaven in Verwahrung zu nehmen, bis der Mandant Verfügung über denselben trifft. Wir nehmen an, daß der Mandatar nach Ausführung des auf Ankauf eines der Person nach nicht bestimmten Sklaven gerichteten Mandates dem Mandanten Anzeige von der Ausführung hat zugehen lassen; naturgemäß wird er den von ihm gekauften Sklaven näher, wohl auch namentlich bezeichnen. Der Mandant ist zufällig über diesen Sklaven näher instruirt, vielleicht weil er bisher oder früher im Eigenthum eines seiner Freunde gestanden hat; er weiß, der betreffende vom Mandatar gekaufte Sklave ist diebisch; noch wäre es Zeit, den Mandatar zu warnen, denn noch hat der Sklave den Mandatar nicht bestohlen. Gebietet daher nicht das auf Treue und Glauben basirte Contractsverhältnis zwischen Mandant und Mandatar, daß die

Digitized by Google

Warnung erfolgt? Und kann man nicht mit Recht eine Culpa in einem Verhalten des Mandanten finden, der solche Warnung unterläßt? Vielleicht hätte ja der Mandatar seinerseits vorsichtiger handeln können, wenn er den Sklaven in sorgfältige Verwahrung genommen hätte, aber das war gewiß nicht die Regel. Es überwiegt in solchem Falle die Culpa des Mandanten die des Mandatars, und daher rechtfertigt sich die Haftung auf das volle Interesse. Wir stimmen in dieser Auslegung v. Kekule darin bei, daß ein Ausnahmefall vorliegt, glauben aber, daß unsere Auslegung weniger künstlich ist und sich mehr mit der Entscheidung des Africanus deckt.

Es erübrigt noch eine nähere Erörterung der L 26 § 6 D mandati 17,1. Hanau geht davon aus (S. 58), der Mandant hafte dem Mandatar für Schaden, welcher diesem bei der Ausführung seines Auftrags erwachse, sowohl wenn er in culpa sei, als wenn der Schaden blos zufälliger Natur sei. Doch zähle Paulus in § 6 cit. einzelne Fälle auf, die er von der Haftpflicht des Mandanten ausnehme. Aus dem Satze: „nam haec magis casibus quam mandato imputari oportet" ergebe sich, daß die aufgezählten Fälle zufälligen Schadens solche seien, die mehr mit dem Zufall, der in § 7 genannte Fall dagegen ein solcher sei, der mehr mit dem Mandat zusammenhänge, der nothwendig durch den Inhalt des Mandates bedingt, eine unvorhergesehene Folge des Mandates sei. Hanau nimmt an, der § 6 setze voraus, daß der Mandatar in eine Gegend von durchschnittlicher Sicherheit geschickt sei; daher treffe ihn, wenn er gleichwohl beraubt werde, der Verlust nicht im Zusammenhang mit einem nothwendigen Momente des Auftrages, nicht aus dessen Inhalt heraus. Die Unterscheidung, die Paulus mache, sei nicht die zwischen Inhalt des Mandates und so oder anders möglicher Ausführung desselben, sondern zwischen Inhalt und Nichtinhalt.

v. Kekule dagegen (S. 46) meint, der Unterschied, den Paulus in § 6 mache, sei der zwischen Veranlassung und einem Zufalle. Die Beispiele, an denen v. Kekule diese seine Meinung

Digitized by Google

illustrirt, scheinen uns dagegen nicht recht zu passen: es sei kein reiner Zufall, wenn der Mandatar zur Ausführung des Auftrages durch eine unsichere Gegend reisen müsse und beraubt werde, oder an einem stürmischen Tage eine Seereise machen müsse und Schiffbruch leide. Man kann eine Gegend doch deshalb noch nicht als unsicher bezeichnen, weil in einem concreten Fall ein Raubanfall auf einen Menschen daselbst ausgeübt ist. Bekanntlich kommen auch in Eisenbahnzügen Raubanfälle vor. Sollte man denn deshalb einen Eisenbahnzug als ein bezüglich des Eigenthums unsicheres Beförderungsmittel bezeichnen, und wenn die Benutzung eines solchen bei Ausführung des Auftrages nothwendig ist, die Beraubung als durch das Mandat veranlaßt bezeichnen? Ebensowenig läuft, wer an einem stürmischen Tage eine Seereise machen muß, deshalb schon besondere Gefahr, Schiffbruch zu erleiden, wenn nur das Schiff stark gebaut, gut bemannt und umsichtiger Führung anvertraut ist. Und können nicht bei einer längeren Seereise während des Verlaufs derselben heftige Stürme eintreten, trotzdem die Reise bei günstigster Witterung angetreten ist? v. Kekule führt endlich noch aus: man könne es auch nicht als reinen Zufall ansehen, wenn der Mandant dem Mandatar aufgibt, einen bestimmten Zug zu benützen, um das Mandat auszuführen, und nun dieser Zug entgleist, und der Mandatar dadurch Schaden erleidet. Danach müßte der vorsichtige Mandant ängstlich vermeiden, dem Mandatar irgend welche Verhaltungsmaßregeln bezüglich der von diesem zu benutzenden Reisegelegenheiten zu geben, andererseits der vorsichtige Mandatar darauf bestehen, daß ihm solche bestimmte Verhaltungsmaßregeln gegeben würden. Nach unserer Meinung liegt in beiden Fällen gleichmäßig ein reiner Zufall vor, mag nun der Mandant bestimmte Vorschriften ertheilt haben, oder nicht.

Der Fehler liegt sowohl bei Hanau, wie bei v. Kekule darin, daß sie in L 26 § 6 cit. einen Gegensatz hineinbringen, den die Stelle selbst nicht enthält. Paulus unterscheidet nicht, ob die Reise, um das Mandat auszuführen, nothwendig durch eine

Digitized by Google

unsichere Gegend gehen müsse, sondern sagt einfach: Beraubung des Mandatars durch Räuber begründet eine Haftung des Mandanten nicht, ebenso ein durch Schiffbruch erlittener Verlust gibt keinen Anspruch auf Erstattung. Mit anderen Worten: solche Ereignisse gelten als Zufall, mag auch ihr nachtheiliger Erfolg durch das Mandat veranlaßt sein. Damit setzt er sich unserer Ansicht nach nicht in Widerspruch mit Africanus, denn dieser begründet den Anspruch auf Ersatz des durch einen diebischen Sklaven erlittenen Nachtheils unter der oben angeführten Beschränkung mit einer Culpa des Mandanten. Es gilt vielmehr wie für alle Contracte, so auch für das Mandat, der Satz des Ulpianus in L 23 i. f. D de R. J. 50,17: casus a nullo praestantur.

Daß von diesem Grundsatze auch zu Gunsten des Mandatars keine Ausnahme gemacht wird, hat seinen guten Grund. Wenn mit Recht das Mandat im alten römischen Recht als Gefälligkeitsdienst aufgefaßt wird, so darf man davon ausgehen, daß in der Regel der Mandant dem Mandatar nicht einen Auftrag geben wird, zu dessen Ausführung dieser eine Reise zu machen hat, die er nicht auch ohne den Auftrag machen würde. Wie wollte man da unterscheiden, ob die Beraubung oder der Schiffbruch durch das Mandat veranlaßt seien? Hätten diese Folgen nicht ebensowohl eintreten können, wenn der Mandatar seine vielleicht längst beabsichtigte Reise angetreten hätte, ohne seinem Freunde die Besorgung irgend eines von diesem gewünschten Gegenstandes zu versprechen? Setzen wir den Fall, es reise Jemand aus der Provinz nach Berlin und verspreche einem Bekannten, ihm einen Kunstgegenstand dort zu kaufen und mitzubringen. Auf dem Wege nach der Kunsthandlung wird er von einem Wagen überfahren, ohne daß ihn ein Verschulden trifft. Aber vielleicht kreuzte er das Straßenpflaster in dem verhängnisvollen Augenblicke gerade deshalb, um ein ihm in die Augen fallendes Schaufenster zu betrachten. Wo bleibt da der Nachweis, daß das Mandat die Veranlassung zu

Digitized by Google

dem Unfall gegeben hat? Solche und ähnliche Fälle ließen sich zu Dutzenden aufführen.

Dagegen liegt der Schwerpunkt nicht darin, ob Zufall vorliegt oder nicht, sondern ob die Handlungen des Mandatars von einem Mißerfolge begleitet sind. Wir vertreten den Standpunkt des Africanus: aequius esse, nemini officium suum, quod eius, cum quo contraxerit, non etiam sui commodi causa susceperit, damnosum esse, den auch Paulus theilt in L 20 pr. D mandati 17,1: ex mandato apud eum qui mandatum suscepit nihil remanere oportet, sicuti nec damnum pati debet, si exigere faeneratam pecuniam non potuit. Wir gehen davon aus, daß, da das von dem Auftraggeber beabsichtigte und aufgetragene Geschäft von dem Beauftragten für Rechnung und Gefahr nicht des Beauftragten, sondern des Auftraggebers ausgeführt werden soll, nun auch, wenn das Geschäft nicht so, wie beabsichtigt, ohne Verschulden des Beauftragten zum Vollzuge kommt, die sich ergebenden Nachtheile demjenigen zur Last fallen, welcher aus dem Geschäfte Nutzen ziehen und dessen Gefahr übernehmen wollte. (Vergl. Meine Abhandlung, Das Recht der Spedition, § 8 S. 94 ff.)

Es handelt sich wohlbemerkt hier nicht um eigentliche Zufälle, sondern um Handlungen, welche von dem Mandatar oder in seinem Auftrage vorgenommen werden. Der Mandatar hat Anspruch auf Erstattung desjenigen, was er zwecks Ausführung des übernommenen Auftrages auslegen muß, auch wenn diese Auslagen sich durch unvorhersehbare Ereignisse bedeutend über den Umfang dessen gesteigert haben, was der Mandant bei Ertheilung des Auftrages vorhersehen konnte.

Nicht weil der Mandant für Zufall haftet, hat er den Schaden zu ersetzen, der z. B. durch Verstümmelung einer telegraphischen Willenserklärung entstanden ist, sondern weil der Mandatar, der innerhalb des Rahmens des ihm gewordenen Auftrages handelte, einen Anspruch auf Liberirung von den Folgen des Auftrages hat,

Digitized by Google

und diese selben Grundsätze müssen auch da zur Anwendung kommen wo ein Mandat deshalb nicht perfect geworden ist, weil es in Folge eines Irrthums an einer ausdrücklichen oder stillschweigenden Willensübereinstimmung zwischen Auftraggeber und Beauftragten fehlt.

Der innere Unterschied zwischen einem den Mandatar betreffenden Zufall und einem trotz sorgfältiger Ausführung eingetretenen nachtheiligen Erfolg seiner Handlungen dürfte einleuchten.

Ziehen wir das Schlußresultat, so glauben wir annehmen zu dürfen, daß ein Widerspruch zwischen der Africanus- und Paulus-Stelle, den auch Unger in seiner Abhandlung: Handeln auf fremde Gefahr, in Ihering's Jahrbücher Bd. 33 S. 326 annimmt, in der That nicht vorhanden ist. Dagegen stimmen wir Unger darin bei, daß der Mandatar den Verlust tragen muß, den er zufällig bei Ausführung des Mandates erleidet, wir lehnen aber die Haftung des Mandanten im Gegensatz zu Unger ab, auch wenn es sich um einen Auftrag mit bestimmt vorgezeichneter Ausführung handelt, sofern ein Zufall in Frage kommt.

Zu wünschen wäre allerdings, daß das bürgerliche Gesetzbuch diese, wie gerade auch die eingehenden Ausführungen Hanau's und v. Kekule's zeigen, höchst zweifelhafte Materie durch bestimmte Vorschriften regeln möge.

Beide Arbeiten in allen ihren Ausführungen eingehend zu besprechen, würde wiederum eine erhebliche Arbeit darstellen. Wenn wir auch nicht in allen Einzelheiten mit ihnen übereinstimmen können, so erkennen wir doch gerne an, daß sie zur Klärung dieser schwierigen Materie ein gutes Stück beigetragen haben, und können die Lectüre derselben allen, die sich über den Stand der Frage belehren wollen, nur angelegentlichst empfehlen.

Berlin, den 5. Juni 1895.

Dr. Johannes Burchard.

Digitized by Google

2. **Tuhr**, Dr. Andreas v., Professor in Basel, Actio de in rem verso zugleich ein Beitrag zur Lehre von der Geschäftsführung. Freiburg i. B. u. Leipzig. Akademische Verlagsbuchhandlung von J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) 1895. XVI u. 341 S. 8°.

Mit dieser Arbeit hat der Verfasser einen äußerst glücklichen Griff gethan. Indem er die actio de in rem verso von neuen Gesichtspunkten aus untersucht, eröffnet er die Perspective auf eine Reihe bisher nicht beachteter Probleme, welche keineswegs blos theoretischen Werth haben.

Es lohnt daher sehr die Mühe, den Verf. auf dem Wege seiner Untersuchung zu begleiten.

Den „Ausgangspunkt" (§ 1) bietet l. 3 § 2 D. 15, 3 (Ulpian) und l. 7 § 6 D. 15, 1. Wie erklärt es sich, daß bei Contrahirung einer Schuld des Gewaltunterworfenen zwei adjektizische Klagen: die actio de peculio und die actio de in rem verso parallel laufen und wie, daß nach l. 1 D. 15, 3 der naturale Anspruch des Gewaltunterthanen gegen den Gewalthaber in das Pekulium trotz l. 7 § 6 D. 15, 1 nicht eingerechnet wird (verba: nihil in peculio habent in l. 1 cit.)?

In § 2 werden „die bisherigen Ansichten" besprochen, die Th. in zwei Klassen theilt: die Regreßtheorie, welche die Versionsklage nach l. 3 § 2 cit. auf das Verhältnis des Sklaven[1]) zum Herren in Gemäßheit der Gestion des ersteren gründet, und die Bereicherungstheorie, welche die Versionsklage direkt auf die Thatsache des durch den Sklaven dem Herren zugebrachten Vermögenszuwachses zurückführt.

Diese letztere Theorie, am eingehendsten von Mandry vertreten, wird zunächst erörtert. Hiebei wird zuvörderst der Satz Mandrys u. E. mit Erfolg bekämpft, daß bei direkter, d. h. durch das Pekulium nicht hindurchgehender, Version ein Naturalanspruch des Sklaven gegen seinen Herrn nicht möglich sei (S. 4—6). Für den Fall der indirekten Version aber zeigt

[1]) Dieser wird von T. als Repräsentant der personae alieni iuris gesetzt.

Digitized by Google

T., daß der Gedanke Mandry's, wonach die Klage auch stattfinde, wenn ohne Gestion das patrimonium ex peculio bereichert werde, den Parallelismus der actio de peculio und der actio de in rem verso unerklärt lasse.

Windscheid's Meinung (Pand. § 483 N. 2), daß die Versionsklage bei Unzulässigkeit der actio de peculio stattgefunden habe, geräth in Widerspruch mit den Quellen, welche die Versionsklage und zwar als bevorzugte Klage neben der actio de peculio wiederholt ausdrücklich zulassen. Nachdem noch die Ansicht von Keller, Ruhstrat und Baron, wonach die actio de in rem verso für den Fall bestimmt ist, daß der dominus den Naturalanspruch des Sklaven gegen sich nicht gelten lassen wolle, was in seinem Belieben stehe, zu widerlegen versucht worden ist, geht Verf. zu einem eigenen, neuen Erklärungsversuch über. Er steht dabei allerdings auf dem von Keller und Witte bereits betretenen Boden; nach ihnen findet actio de in rem verso statt, wo ein gewaltfreier Geschäftsführer actio mandati oder negotiorum gest. contraria gegen den dominus negotii hätte; bei Insolvenz des freien procurator oder gestor könne sich dessen Gläubiger an die Regreßforderung gegen den dominus halten; der Gläubiger des Sklaven dürfe nicht schlechter gestellt sein, wenn das peculium insolvent sei; der dominus hafte bis zum Betrage der obligatio negot. gestorum (naturalis), als wenn diese obligatio dem Gläubiger cedirt sei. Allein die genannten Schriftsteller erklären nicht, wie es komme, daß die Versionsgläubiger an diesem Regreßanspruch bei Insolvenz des Pekulium ein Vorzugsrecht vor den sonstigen Pekuliargläubigern haben, während doch der Bestand des Pekulium der gemeinsamen Befriedigung der Pekuliargläubiger zu dienen bestimmt ist, wie schon Baron, die adjektizischen Klagen S. 38, eingewendet hat. Diesen Mangel will Verf. ergänzen. Zu diesem Zweck prüft er vor allem die Frage: welchen Inhalt hat die Regreßklage des freien Geschäftsführers in den der actio de in rem verso vergleichbaren Fällen? (§ 4). „Geschäftsführer im weiteren Sinne"

Digitized by Google

ist dem Verf. Jeder, der gleichviel aus welchem Anlaß im Interesse eines Andern handelt. Er nennt ihn G., den „Anderen" D. Dem G. erwächst gegen D. ein Anspruch auf Ersatz seiner Auslagen, wenn er auf Kosten und für Rechnung des D. gehandelt hat, mithin dann nicht, wann D. dem G. ein Fixum von vorneherein für seine künftigen Auslagen zugesagt hatte. Dieser Ersatzanspruch wird von T. als „Regreßanspruch" technisch bezeichnet, gleichviel, ob er nun auf Mandat, negotiorum gestio, Tutel, Societät oder anderen Thatbeständen beruht (S. 21—25).

Dieser Regreßanspruch soll in allen Fällen, nicht durch Consens, sondern durch Auslage entstehen, was für den Fall des Concurses über das Vermögen des D. von praktischer Bedeutung sein könne, falls das Mandat vor Concurseröffnung ertheilt, die Auslage nachher gemacht worden wäre (S. 25—33). In diesem Falle glaubt Referent allerdings mit dem Verf. annehmen zu müssen, daß der Mandatar nicht Concursgläubiger im Sinne des § 2 CO. ist; allein das würde sich schon aus der Brinz'schen Unterscheidung von Haftung und Schuld erklären (vgl. diese Ztschr. 3. F. Bd. I. S. 69 ff.), deren Berechtigung durch Verweisung auf Rümelin Arch. f. c. Pr. Bd. 68 S. 151 f. und 162 fg. nicht widerlegt wird (S. 27/8 Nr. 17).

Der Inhalt des Regreßanspruchs ist, wie T. mit Recht betont, in allen Fällen der Geschäftsführung im w. S. der gleiche: er geht auf Ersatz der Auslagen, welche der Geschäftsführer nothwendiger bezw. nützlicher Weise im Interesse des Geschäftsherrn vorgenommen hat, und ist verschieden von dem Anspruch auf Schadensersatz, der sich nicht aus einer gewollten, sondern aus einer erlittenen Vermögensverminderung ergibt (S. 33—37). Wenn T. den Anspruch des Mandatars gegen den Mandator beim mandatum qualificatum, dem er den Charakter eines wahren Mandats abspricht, nicht als Regreß-, sondern als Schadensersatzanspruch auffaßt, so scheint uns das eben so unzutreffend, wie unnöthig. Der Mandator erklärt durch das Mandat

Digitized by Google

die Creditirung an den Mandatar für eine Angelegenheit seines Interesses. Daß der Mandatar dabei sein eigenes Interesse mit verfolgt, vermag nichts daran zu ändern.

Die Art der Aufwendungen des Geschäftsführers kann, wie T. weiter ausführt, sein entweder Verminderung seiner Aktiven oder Vermehrung seiner Passiven. Letztere bezeichnet er mit intercessio, erstere mit erogatio (S. 38). In jedem Falle richte sich Maß und Art der Regreßforderung nach Maß und Art der Aufwendung, daher bei Erogation auf Erstattung des Geldwerthes, bei Intercession auf Befreiung von der übernommenen Verpflichtung. Es verdient angemerkt zu werden, daß der Verf. in diesem Zusammenhang den Grundgedanken des SC. Velleianum darin findet, es solle der mulier geholfen werden, wo immer sie auf Liberirung Anspruch hat (S. 47 N. 58). Für Mandat, negotiorum gestio, Bestreitung der Begräbniskosten, Vormundschaft wird die Anerkennung des Regresses auf Liberirung aus den Quellen nachgewiesen. (S. 47 ff.)

Je nachdem die Intercession bereits zu einer conventio, condemnatio oder gar solutio des intercedirenden G. geführt hat, verwandelt sich der auf Liberirung gerichtete Regreßanspruch in einen Anspruch auf Defension, auf Erfüllung des Judikats, auf Erstattung des Gezahlten (S. 54). Letzterenfalls hat man aber nicht einen neu entstandenen Anspruch vor sich, sondern nur eine „Akkommodation" des Liberirungsanspruchs an die veränderten Verhältnisse. Er gehört daher zu den Concursforderungen gegen den D., wenn der Concurs auch vor der solutio des G. eröffnet wurde (S. 55). Der Regreßanspruch auf Liberirung kann durch Vertrag oder durch den Zweck der Geschäftsführung in seiner Geltendmachung unter Umständen sogar bis zur Zahlung des G. hinausgeschoben werden, m. a. W. es kann der Liberirungsanspruch von vorneherein als bedingter Erstattungsanspruch erscheinen. Daß er aber im Grunde doch nicht das letztere, sondern Liberirungsanspruch ist, zeigt sich bei drohender Insolvenz des D. sowohl, wie

Digitized by Google

bei Insolvenz des G. (S. 55—56). In beiden Fällen hat G. trotz der Bedingung Anspruch auf gegenwärtige Liberirung.

Als mögliche Arten der Intercession unterscheidet T. die privative, kumulative und „surrogative". Unter diesem letzteren, neugebildeten Terminus versteht er die Fälle, wo G. eine Verpflichtung contrahirt, um das hiedurch Erhaltene dem D. in irgend einer Form zukommen zu lassen (S. 57—67).

Die einzelne Geschäftsführung, also auch die Intercession, kann entweder einen momentanen oder einen successiven Thatbestand haben; letzteres ist der Fall, wenn mit dem Opfer des G. der beabsichtigte Erfolg für D. noch nicht erreicht, dazu vielmehr noch eine weitere Handlung des G. erforderlich ist, wenn G. z. B. Sachen proprio nomine erwirbt in der Absicht, sie an D. herauszugeben. Der Regreß wird dann erst mit der Beendigung der Thätigkeit des G. begründet. T. sucht mit Glück den Gedanken durchzuführen, daß die Beziehungen zwischen G. und D. diesfalls als „funktionelles" Synallagma (im Sinne Bechmanns) zu charakterisiren sind (S. 68—76).

Für die Frage, ob (bei successivem Thatbestand) der Regreß auf Liberirung oder auf Erstattung Platz greife, spielt die Feststellung des Beginnes der Geschäftsführung eine wichtige Rolle. Ihre Beantwortung gehört in das Gebiet des Beweises der Absichten des G. Unter Umständen kann etwas bloße, einen Regreß noch nicht begründende, Vorbereitungshandlung sein, was unter anderen Umständen schon Beginn der Gestion wäre (S. 76—82).

Von der Untersuchung des Inhaltes der Regreßforderung eines freien Geschäftsführers geht T. zur Betrachtung des Liberirungsanspruches im Besonderen (§ 5) über. Er stellt zunächst fest, daß dieser Anspruch eine bestimmte systematische Stellung bislang noch nicht gefunden habe (S. 82—85); sodann folgt eine Uebersicht der Thatbestände, aus denen ein Liberirungsanspruch entspringt: Schuldübernahme gegenüber dem Schuldner, Vermächtnis der Schuldbefreiung, Verschulden des Liberirungspflichtigen (L.), durch welches

Digitized by Google

der Liberirungsberechtigte (D = Debitor) einem Dritten (C = creditor) schadensersatzpflichtig geworden ist[1]), ungerechtfertigte Bereicherung (S. 82—88). In welchem Maße der Liberirungsanspruch stets abhängig ist von der Schuldbelastung des Liberirungsberechtigten, wird weiterhin gezeigt (S. 88—93). Von da wendet sich der Verf. zur Betrachtung der möglichen Arten der Erfüllung des Liberirungsanspruchs (S. 94—108): Schuldübernahme, Zahlung an den Gläubiger, nach römischem Rechte auch defensio gegen die Klage des Gläubigers, endlich „Deckung". Mit diesem civilistisch ebenso interessanten als wenig besprochenen Begriff befaßt sich T. besonders eingehend. Er unterstellt die Deckung allerdings auch der Mandatskategorie, hebt aber, was nicht beachtet zu werden pflegt, die Unwiderruflichkeit des Mandats für die Fälle hervor, wo die Schuld, um derentwillen Deckung gewährt wurde, bereits contrahirt ist. Die Rechtsform, mit welcher die Unwiderruflichkeit zur Geltung gebracht wird, ist exceptio doli oder, wie T. will, exceptio non adimpleti contractus; sie kann nur durch Liberirung des Mandatars Seitens des Mandanten beseitigt werden. Im Concurse des Deckungsgebers soll sich hienach ein Aussonderungsrecht des Deckungsempfängers an dem Objecte der Deckung ergeben (S. 103 Note 46). Damit dürfte freilich T. zu weit gehen. Das Aussonderungsrecht würde voraussetzen, daß das Object nicht zum Vermögen des Gemeinschuldners gehört. Aber der Zweck der Sicherung des Deckungsempfängers läßt sich vielleicht dadurch erreichen, daß er seine Forderung auf Liberirung gegenüber dem Begehren des Concursverwalters auf Rückgabe des Deckungsobjects zur Aufrechnung (CO. § 47 Abs. 4) bringt. Auch darin wird man T. nicht beistimmen dürfen, daß die Cession zahlungshalber ein Fall des unwiderruflichen Mandats sei. Denn durch die Cession (in ihrer neuesten Entwicklung) ist der Cessionar mehr

[1]) L schädigt z. B. als Substitut oder Gehilfe des D dessen Gläubiger C oder als Verursacher eines effundere oder dejicere, für welches D als Wohnungsinhaber dem geschädigten C aufzukommen hat.

Digitized by Google

als ein Mandatar geworden auch in Hinsicht auf sein Dürfen, nicht blos in Bezug auf sein Können.

Ein ähnliches Verhältnis wie das der vertragsmäßigen Deckung ergibt sich im heutigen Rechte, wenn der Liberirungspflichtige zur Erfüllung seiner Pflicht verurtheilt und das Urtheil gegen ihn nach CPO. § 773 Abs. 2 vollstreckt wurde. Der hiedurch in die Hände des Vollstreckenden gelangte Vorschuß ist so gut wie Deckung und nöthigt den Gedeckten zur Rechnungslegung.

Ob und in welchem Umfang der Liberirungsanspruch compensabel, cessibel, pfändbar sei, welche Bedeutung ihm im Concurse des Liberirungsberechtigten zukomme, diese bislang kaum oder gar nicht aufgeworfenen Fragen bilden das Thema der nächstfolgenden, höchst interessanten Erörterung (S. 108—130). Insbesondere kommt diese Eigenschaft der Frage nach Cessibilität des Liberirungsanspruchs zu. Nachdem zuerst dargelegt worden, daß wenigstens vom Standpunkte des heutigen Rechts der Uebertragung eines Forderungsrechts in der Art, daß der Cessionar nur Leistung an den Cedenten begehren dürfe, nichts im Wege steht, daß daher auch Liberirungsansprüche in diesem Sinne cessibel sind, wird gezeigt, daß eine solche Cession in der Regel für den Cessionar zwar werthlos sei, weil dem cessus ja doch nicht verwehrt werden könne, durch Liberirung des Cedenten sich selbst zu liberiren und der Erfolg seiner Klage auf Liberirung auch nicht ihm, sondern dem Cedenten zu gute komme, daß es aber eine Person gibt, welche — weil bei ihr diese Erwägungen nicht zutreffen — an der Cession des Liberirungsanspruchs das größte Interesse haben kann. Das ist der Gläubiger (C) des liberirungsberechtigten Schuldners (D). Er erlangt durch die Cession nunmehr das Recht zu fordern, daß L an ihn leiste, was bis dahin D zu fordern berechtigt war. Erfolgt diese Cession „an Zahlungsstatt", so scheint sich eine eigenthümliche juristische Schwierigkeit zu ergeben. Es scheint nämlich zu folgen, daß der Befreiungsanspruch des D in demselben Augenblick untergeht, in welchem durch datio in solutum D von seiner

Digitized by Google

Schuld frei wird und der liberirungspflichtige L. würde per occasionem iuris durch Wegfall seiner Schuld bereichert.[1]) Um dieser Schwierigkeit zu entgehen, hätten uns die Römer selbst bei der Bürgschaft einen Weg gezeigt, wo der Regreß des Bürgen auf Grund des beneficium cedendarum actionum durch die Annahme einer emptio nominis vermittelt worden sei. Verf. vermißt hiebei die Erörterung der Frage, ob denn der Bürge, wenn er blos als Käufer der von ihm gezahlten Forderung anzusehen sei, nicht selbst noch Schuldner bleibe? Es scheint dem Ref., daß diese Frage ohne weiteres verneint werden muß. Denn der bezahlte Gläubiger cedirt mit der Hauptforderung zugleich ihr Accessorium, die Bürgschaftsforderung. Der Bürge wird also insoweit sein eigener Gläubiger, d. h. die Bürgschaftsforderung geht durch confusio unter. Verf. freilich nimmt ipso iure Fortbestand der Forderung gegen den Bürgen an und gibt diesem exceptio doli oder pacti. Aehnlich will er die cessio in solutum des Liberirungsanspruchs nicht ipso iure wirken lassen, sondern in derselben ein pactum de non petendo in perpetuum erblicken. Hiebei scheint mir übersehen zu sein, daß mit dem Abschluß eines derartigen pactum die Grundlage des cedirten Liberirungsanspruchs, die Schuld des D an C, ebenso sehr zerstört wäre, wie bei Annahme einer ipso iure Wirkung der cessio in solutum. Allein ich glaube, daß sich ein Schutz der Cession des Liberirungsanspruchs an Zahlungsstatt auf andere Weise gewinnen läßt: Der Gläubiger, welcher sich durch Cession des Liberirungsanspruchs für befriedigt erklärt, gibt sein Forderungsrecht nicht schlechthin, sondern nur mit der Maßgabe auf, daß er dafür einen Anspruch auf Befriedigung gegen den Cessus eintauscht. M. a. W., das in der Person des Cedenten als Liberirungsanspruch bestehende Forderungsrecht verwandelt sich in der Person des Cessionars nothwendig in einen Anspruch auf Befriedigung. Der Cedent könnte nämlich seinem Gläubiger zahlen;

[1]) So in der That Oswald in Simon und Strampff, Zeitschr. für wissenschaftliche Bearbeitung des Preuß. Rechtes Bd. 2 S. 282. Berlin 1834.

Digitized by Google

thäte er dies, so wäre sein Liberirungsanspruch ein Erstattungsanspruch geworden; diesen könnte er nun dem Gläubiger gegen Rückgabe des Gezahlten cediren. Es ist lediglich eine Ersparung dieses überflüssigen Umwegs, wenn man der Cession des Liberirungsanspruchs die directe Wirkung einräumt.[1])

Mit der Cessibilität des Liberirungsanspruchs hängt dessen Pfändbarkeit aufs Engste zusammen: Ein dritter Gläubiger des D wird an der Pfändung und Ueberweisung seines Liberirungsanspruches in der Regel[2]) kein Interesse haben. Dagegen ist für den Gläubiger, von dessen Forderung befreit zu werden, den Inhalt des Liberirungsanspruchs bildet, die Pfändung und Ueberweisung desselben stets vom gleichen Interesse wie die Cession.

Im Concurse des Liberirungsberechtigten ändert sich an dem Inhalt des Liberirungsanspruchs nichts. Er wird auch nicht früher fällig, als er es außer dem Concurse geworden wäre, trotz § 58 Abs. 1 KO. T. hält dies zwar für zweifelhaft (S. 123 N. 86). Allein, wenn man erwägt, daß § 58 cit. lediglich bezweckt, den Einwand des Concursverwalters oder des Gemeinschuldners oder der Concursgläubiger gegen Anmeldung einer Forderung wegen noch nicht eingetretener Fälligkeit abzuschneiden, so läßt sich wohl kaum eine andere Entscheidung denken, wie denn auch das Reichsgericht (III. S. 357) in Bezug auf den Bürgen des Gemeinschuldners anerkannt hat, daß die Fälligkeit der Forderung gegen ihn durch die Concurseröffnung nicht beeinflußt wird.

Wenn der Gläubiger (C) des Gemeinschuldners sich am Concursverfahren nicht betheiligt, so soll nach T. der Liberirungsanspruch concursfreies Vermögen werden, weil dieser Anspruch nur ein bestimmungsgemäß mit einem bestimmten Passivum verbundenes Aktivum

[1]) In diesem Sinne wird das Verhältnis schon aufgefaßt von Sommer im Neuen Archiv für Preuß. Recht und Verfahren ꝛc. Jahrg. 2. S. 78 ff. Arnsberg 1835. Vgl. auch Entscheidungen des Kgl. Geh. Obertribunals Bd. 7. S. 298. Berlin 1842. Diese Citate und das der vorigen Seite verdanke ich Herrn Geheimrath Prof. Dr. E. A. Seuffert.

[2]) Ueber mögliche Ausnahmen s. S. 122.

Digitized by Google

zum Zweck der Aufhebung des ersteren sei und daher den Concursgläubigern jedes Interesse daran fehle.

Mit § 1 Abs. 1 CO. ist diese Auffassung nicht vereinbar. Sie beruht auch auf thatsächlichen Prämissen, die nicht zuzutreffen brauchen. Trotz des Verzichtes des Gläubigers C auf Theilnahme am Concurse kann der Liberirungsanspruch einen verwerthbaren Massebestandtheil bilden. Der Gläubiger C kann ja bereit sein, den zu seiner Befriedigung führenden Liberirungsanspruch aus der Masse zu erwerben. Setzen wir, seine Forderung an den Gemeinschuldner betrage 100 und die Concursdividende wäre voraussichtlich 30%, so verzichtet er mit Vortheil auf die Betheiligung, wenn ihm der Concursverwalter den Liberirungsanspruch um 20 verkauft und er nun von dem solventen Liberirungspflichtigen 100 d. h. im Effekte 80% statt 30% erhält.

Ist also daran festzuhalten, daß der Liberirungsanspruch unter allen Umständen zur Masse gehört, so muß dieser auch der Erstattungsanspruch gehören, in welchen sich jener verwandelt durch Bezahlung des Gläubigers C Seitens des Gemeinschuldners oder seiner Freunde oder Verwandten nach der Concurseröffnung. Auch hier will T. den Erstattungsanspruch zum concursfreien Vermögen des Gemeinschuldners rechnen in analoger Anwendung des § 15 CO., wonach er bei Weigerung der Erfüllung eines gegenseitigen Vertrags Seitens des Concursverwalters selbst erfüllen und die Gegenleistung für sich beanspruchen könne.

Aber diese Analogie trifft sicherlich nicht zu. Denn im Falle des § 15 hat der Gemeinschuldner im Moment der Concurseröffnung einen Anspruch nur auf Leistung um Gegenleistung, während sein Liberirungsanspruch von jeder Gegenleistung unabhängig ist.

Der eigenthümliche Inhalt des Liberirungsanspruches bringt es mit sich, daß trotz § 7 CO. der Liberirungspflichtige nach der Concurseröffnung an den Gläubiger C wirksam leisten kann. Denn indem er diesem leistet, leistet er an die Concursmasse, die Leistung ist hier allemal „an die Concursmasse gekommen", da ja eben der

Digitized by Google

Concursverwalter selbst nur die Leistung an C zu fordern hat. Besteht der Concursverwalter auf Erfüllung des Liberirungsanspruchs, so erlangt Concursgläubiger C thatsächlich die Stellung eines privilegirten Gläubigers, obwohl ihm jedes Concursprivileg fehlt. Wird der Liberirungsanspruch vom Concursverwalter nicht geltend gemacht und kommt es zu einer Dividendenvertheilung, so hat sich der Liberirungsanspruch pro parte in einen Erstattungsanspruch verwandelt und der Concursverwalter kann nun von dem Liberirungspflichtigen insoweit Zahlung verlangen, welche wiederum zu einer Dividendenvertheilung führt u. s. f.

Fraglich ist noch, ob der Concursverwalter den Liberirungsanspruch im Interesse der Masse dadurch verwerthen kann, daß er den Pflichtigen gegen Einzahlung einer Abfindungssumme seiner Pflicht entbindet. Tuhr läßt die Antwort dahin gestellt. Dem Ref. scheint sie bejaht werden zu müssen. Denn wenn einmal die Liberirungsforderung zur Aktivmasse gehört, so muß sie auch wie jeder andere Bestandtheil der Masse, so gut und so schlecht es geht, im Interesse der Gläubiger verwerthet werden dürfen.

In dieser bisher verfolgten Grundlegung der Tuhr'schen Auffassung von dem Wesen der actio de in rem verso, m. a. W. in seiner Erörterung der theoretischen Construction und praktischen Bedeutung des Liberirungsanspruchs dürfte u. E. der Schwerpunkt des vorliegenden Buches gefunden werden. Was nun über die actio de in rem verso und die actio de in rem verso utilis in breitem Rahmen und tiefgründlicher Behandlung vorgetragen wird, steht dem Vorausgehenden jedenfalls an aktueller Tragweite erheblich nach. Immerhin ist auch das hier Gebotene neu und anregend genug, um eine Uebersicht der Grundgedanken an dieser Stelle zu rechtfertigen.

Nach T.'s Ansicht beruht die actio de in rem verso „auf dem das Pekulienrecht durchdringenden Gedanken, daß der Herr dem Gläubiger civiliter zu der Leistung verpflichtet ist, die er seinem Sklaven naturaliter schuldet" (S. 132/3). Im Normalfalle der actio de in rem verso, wie ihn Ulpian l. 3 § 2 D. 15, 3

Digitized by Google

mittheilt, habe der Sklave für den Herrn „surrogativ“ intercedirt. Am Sklaven hafte aus solcher Intercession gegenüber dem dritten Gläubiger eine naturalis obligatio.[1]) Andererseits ist die Regreßfolge der Intercession eine Naturalforderung des Pekulium an den dominus. An diese kann sich der gewöhnliche Pekuliargläubiger mit actio de peculio nicht halten;· denn auch der Sklave könnte, wenn er frei wäre, nichts anderes verlangen, als Zahlung an dem Gläubiger C, mit dessen Forderung der Liberationsregreß zusammenhängt, den Versionsgläubiger. Wenn dieser de peculio klagt, so kann er den naturalen Liberationsregreß des Sklaven zu eigenem Nutzen geltend machen, deshalb für ihn der Formelzusatz vel si quid in rem N. N. inde versum est. Ist aber die actio de peculio erloschen, so erreicht er seinen Zweck durch actio de in rem verso.

Hiemit findet T. das Räthsel gelöst, welches die Coexistenz der actio de peculio und der actio de in rem verso aufgibt, und die Erklärung gegeben für die Bevorzugung des Versionsgläubigers vor den übrigen Pekuliargläubigern (§ 6).

Zuvörderst bespricht der Verf. das Verhältnis des in rem versum zum Pekulium (§ 7). Dann prüft er die Quellen darauf hin, ob die einzelnen Geschäfte des Sklaven, aus denen eine Versionsklage entspringt, sich unter den Begriff der Intercession bringen lassen, an einer Reihe zu Zweifeln veranlassender Stellen und gelangt auf dem Wege scharfsinniger Exegese zur Bejahung dieser Frage. In §§ 9—14 werden die „Erfordernisse“ der actio de in rem verso: negotium domini, animus negotia gerendi auf Seite des Vertenten bei surrogativer Intercession für den dominus, animus obligandi auf Seite des Vertenten, Zustimmung des dominus oder utilitas negotii im Einzelnen zergliedert. Hier hat bereits die Tuhr'sche Theorie Anfechtung erfahren (vgl.

[1]) Das wird freilich von Schloßmann in Jher. Jahrb. Bd. 35 S. 98 bestritten, jedoch ohne daß er sich mit l. 14 D. 44. 7, mit Savigny II S. 424, Pernice, Labeo I S. 149 f. und den dort Note 36 cit. Schriftstellern abgefunden hätte.

Digitized by Google

Schloßmann in Iher. Jahrbb. Bd. 35 S. 78 ff.). l. 3 § 1 D. 15, 3 erscheint allerdings als eine gefährliche Klippe für diese Theorie; allein Schloßmann dürfte doch zu weit gehen, wenn er diese Stelle für geradezu unvereinbar mit Tuhr's Doktrin erklärt wegen der Worte „sive peculiariter mutuatus postea in rem domini vertit". Denn Tuhr beruft sich nicht ohne Fug auf das „possit" am Schlusse der Stelle, von welchem Schloßmann seinerseits nur behauptet, es sei willkürlich anzunehmen, daß dieses possit die Zulässigkeit der actio de in rem verso nur unter der Voraussetzung eines Liberationsanspruchs des Sklaven andeuten solle. Schloßmann selbst findet darin die Andeutung, daß nur bei utilitas gestionis die actio stattfinde. Dem ließe sich entgegenhalten, es sei auffallend, daß dann nicht in den anderen Beispielen der Stelle gleichfalls diese Einschränkung angedeutet werde, und es bedürfe der Hervorhebung von utilitas angesichts der Worte pecuniam ... vertit ... in rem domini überhaupt nicht weiter.

In § 15 legt der Verf. den Inhalt der Versionsklage dar und grenzt ihren Umfang von dem der übrigen in solidum gerichteten adjektizischen Klagen ab. § 16 handelt von den Endigungsgründen der Versionsklage. Unter diesen spielt eine Hauptrolle die „Compensation mit einem Deduktionsposten" (S. 229 ff.). So wenig sich sachlich dagegen einwenden läßt, möchte ich doch auf eine kleine Ungenauigkeit des Ausdrucks hinweisen. Während nämlich S. 109 f. mit gutem Grund dargethan wurde, daß gegen eine Liberationsforderung mit einer Geldforderung nicht compensirt werden könne, daß vielmehr Compensation immer erst gegen die Erstattungsforderung möglich sei, bedient sich Verf. hier, sogar unter Verweisung auf S. 109, fortgesetzt unbefangen des Terminus „Compensation".

Der Frage, ob und in wie weit von einer „selbständigen" actio de in rem verso die Rede sein könne, d. h. von einer actio de in rem verso, die ohne Existenz eines peculium zur Entstehung gelangt, ist § 17 gewidmet. T. gelangt zu dem Ergebnis,

Digitized by Google

daß diese selbständige Klage wohl aus Contracten des filiusf., nicht aber aus Contracten des Sklaven entstehen konnte.

Die Begründung der actio de in rem verso auf den naturalen Liberationsregreß des Sklaven gegen den dominus, wie sie von T. nach dem bisher Mitgetheilten entwickelt wird, erachtet er nicht als den ursprünglichen römischen Rechtszustand. Vielmehr nimmt er eine historische Entwicklung in folgender Weise an: Ursprünglich sei actio de in rem verso zugelassen worden auf Grund einer Bereicherung des dominus, weil man Schuldverhältnisse zwischen dominus und servus damals überhaupt nicht anerkannt habe. Mit der allmäligen Anerkennung solcher habe die Jurisprudenz das Gebiet der actio de in rem verso absichtlich eingeschränkt, die Bereicherung nicht für genügend, sondern den Liberationsregreß des Sklaven gegen den dominus für nothwendig erklärt. Andererseits sei hiemit eine Erweiterung des Anwendungsgebietes der Klage verbunden gewesen, indem ein Liberationsregreß möglich war, wo eine Bereicherung fehlte (S. 291 f.).

Das Ergebnis seiner rechtshistorischen Untersuchungen versucht der Verf. praktisch zu verwerthen für den Nachweis des Bestehens einer actio de in rem verso utilis im geltenden gemeinen Rechte (§ 19). Eine solche Klage soll weder den dominus negotii unbillig benachtheiligen, noch den Gläubigern des Gerenten zu Gunsten des Vertenten Befriedigungsmittel entziehen. Beiden Erfordernissen wäre genügt, wenn man actio de in rem verso utilis annehmen könnte unter der Voraussetzung, daß und solange als der Gerent einen Liberationsanspruch gegen den dominus negotii hat. Eine Vermittelung durch das Pekulium konnte hier freilich für die Uebertragung des Liberationsregresses auf den Vertenten nicht stattfinden. Anderseits konnte hier der Gerent über seinen Liberationsregreß zu Gunsten des Vertenten frei verfügen, indem er ihn an diesen cedirte. Man habe nun, um den Vertenten für den Fall der Insolvenz oder der Unbelangbarkeit des Gerenten zu schützen, diese Cession gewissermaßen als ex lege eingetreten angesehen, und die hienach

Digitized by Google

dem Vertenten zukommende Klage sei eben die actio de in rem verso utilis.

T. findet sie schon in den römischen Quellen anerkannt. Cardinalstelle für diese Annahme ist auch für ihn l. 7 C. 4. 26, speziell § 3 dieser Constitution. Er verwirft die bisher versuchten Erklärungen der Stelle, darunter auch jene, welche in der Klage gegen den dominus negotii eine actio neg. gest. contraria erblickt. T. nimmt nämlich an, daß Schloßmann in Iher. Jahrbb. 28 S. 292 in überzeugender Weise dargethan habe, daß das Darlehen an den Beauftragten keine negotiorum gestio des Darleihers für den Auftraggeber sein kann. Dieser Ansicht vermag sich Referent freilich nicht anschließen. Vor allem scheint mir Schloßmanns Erklärung von l. 5 § 3 (6 § 1) D. 3. 5, die ein unentbehrliches Glied in der Kette seiner Argumente bildet, nicht überzeugend. In erster Linie steht keineswegs fest, daß der procurator der Stelle ein vom dominus negotii Beauftragter sei; er könnte selbst nur negotiorum gestor sein; sodann könnte das dare mutuam pecuniam tui contemplatione den Versuch eines Darlehenskontraktes nomine domini unter gleichzeitiger Hingabe des Geldes an den gestor bedeuten. Dann würde sich — die Nothwendigkeit des Darlehens für den dominus und die Verwendung in seinem Interesse vorausgesetzt[1]) — die actio neg. gest. der Stelle ebensowohl erklären, wie die Ablehnung einer Klage gegen den gestor, da dieser ja eben nomine alieno kontrahirt hätte. Endlich wird der Schluß der Stelle von Schloßmann (u. v. Tuhr S. 303 Anm. 15) willkürlich dahin verstanden, daß die stipulatio des Darleihers mit dem gestor ungültig sei. Davon sagt die Stelle nichts. „superesse... neg. gest. actionem" heißt nur, die actio neg. gest. bleibe dem Darlehensgeber trotz der stipulatio. Quia ex abundanti hanc stipulationem interposui aber bedeutet: weil die stipulatio nur zu allem Ueberfluß abgeschlossen wurde, d. h. obwohl sie zum Schutze des Darleihers nicht nothwendig war.

[1]) Diese Voraussetzung macht auch Schloßmann.

Digitized by Google

Ueberdies hat aber Schloßmann, soviel ich sehe, die von ihm selbst (a. a. O. S. 292/3) supponirte Motivirung der actio neg. gest. in dem gesetzten Falle nirgends widerlegt.

Das praktische Bedenken Tuhrs aber, daß bei Annahme einer neg. gestio der dominus, welcher von dem Darlehen keine Kenntnis hatte und daher die von dem Darlehensempfänger verrechnete Summe diesem bezahlte, in die Lage kam, dem Darlehensgeber als zweitem neg. gestor noch einmal zahlen zu müssen, ließe sich vielleicht dadurch vermeiden, daß man für den Fall der Zahlung des dominus an den Darlehensempfänger ein processisse in rem domini nicht annähme.

Am schwersten gegen die Annahme einer actio de in rem verso utilis in l. 7 § 3 cit. fällt aber in's Gewicht, daß weder im Codex noch in den Digesten dieser höchst einschneidenden Fortbildung der actio de in rem verso sonstwo Erwähnung geschieht. Dieses Bedenken theilt T. selbst (S. 307). Aber er glaubt, es zeige sich in einigen Quellenstellen die Tendenz zur Entwicklung der actio de in rem verso utilis. Er muß jedoch gestehen, daß alle diese Stellen keinen Beweis für eine actio de in rem verso utilis erbringen und daß die Kompilatoren es „unterlassen haben, diesem in der Entwicklung begriffenen Princip zum Durchbruch zu verhelfen". (S. 314).

Dagegen läßt sich allerdings nicht in Abrede stellen, daß in Theorie und Praxis ein entschiedener Zug zur Anerkennung einer actio de in rem verso utilis sich fortdauernd geltend gemacht hat. Die Rechtsentwicklung in dieser Richtung ist noch im Flusse. Es handelt sich in der Hauptsache darum, jener Klage die richtigen Grenzen zu ziehen. Da muß man denn zugeben, daß die Tuhr'sche Theorie befriedigendere Ergebnisse darbietet, als irgend eine der bisher aufgestellten Ansichten. Sie ist durchsichtig und einfach hinsichtlich der Erfordernisse unserer actio. Der Gerent muß Mandatar, gestor negotiorum, socius oder sonstiger indirecter Vertreter des dominus negotii sein; daß er als solcher auftritt, ist nicht noth-

Digitized by Google

wendig. Der Gerent muß den animus negotia gerendi schon z. B. seines Geschäftsabschlusses und darf nicht den animus donandi haben. Fehlt es an der Vertreterqualität des Gerenten, so muß Utilität der Gestion oder Genehmigung hinzukommen. Die Versionsklage erlischt mit dem Liberationsregreß des Gerenten, sei es daß dieser durch Befriedigung des Gerenten oder des Versionsklägers hinfällig wird. Die Schlußbemerkungen des Verf. de lege ferenda können nur für zutreffend erklärt werden. Denn mag auch für den Fall, wo der Gerent nicht im Konkurse sich befindet, dem Gläubiger desselben die Erwirkung eines vollstreckbaren Urtheils und auf Grund dessen die Pfändung und Ueberweisung des Liberationsanspruchs gegen den dominus genügen, so muß doch im Konkursfall das Bedürfnis anerkannt werden, dem Gläubiger des Gerenten ein Aussonderungsrecht an dem Liberationsanspruch des im Konkurs befindlichen Gerenten zu gewähren. Daß der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches dies nicht gethan hat, ist bedauerlich. Das ändert nichts an dem Verdienste des Verfassers, dem juristischen Publikum eine an Anregungen reiche, sein Problem nach allen Seiten erschöpfende, dem Gesetzgeber eine auf alle Fälle höchst beachtenswerte Untersuchung in klarer und lebendiger, nie ermüdender Darstellung geboten zu haben.

München, Ende 1895.

Hellmann.

3. Bähr, Dr. Otto, Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund. Dritte, durch einen Nachtrag vermehrte Auflage. Leipzig. Georg H. Wigand's Verlag 1894. 294 S. 8°.

Der im Titel angekündigte „Nachtrag" ist es allein, um dessentwillen an dieser Stelle der dritten Auflage des im Uebrigen über die Kritik erhabenen Bähr'schen Lebenswerkes eine kurze Betrachtung gewidmet werden muß.

In gerechtem Selbstbewußtsein konnte der greise Verfasser den in der gegenwärtigen Auflage eingeschobenen § 71 („Erfolg der Lehre")

Digitized by Google

mit dem Satze einleiten: „diese Schrift kann das Verdienst für sich in Anspruch nehmen, der Rechtswissenschaft einen neuen Bereich von Gedanken erschlossen zu haben". Es unterliegt keinem Zweifel, daß der „Anerkennungsvertrag" als Obligirungsgrund nunmehr in gemeinrechtlicher Doctrin und Praxis eine sichere Stätte gefunden hat. Daran ändert die Erscheinung nichts, daß der klare und einfache Grundgedanke der Bähr'schen Theorie weder der Doctrin noch der Praxis durchweg in Fleisch und Blut übergegangen ist.

Daß insbesondere Windscheid in seinen Pandekten mit der Anerkennungslehre „nicht fertig" geworden war, hebt Bähr ausdrücklich hervor, und wie die Praxis mit theoretischer Begründung verfährt, dafür läßt sich z. B. ein oberstrichterliches Urtheil anführen[1]), wo von einem rechtswirksamen „Anerkennungsvertrag" gesprochen wird, „welcher die sog. actio de pecunia constituta begründet".

Erachtet Bähr einerseits seine Lehre in dieser Hauptrichtung für durchgedrungen, so sieht er sich anderseits festzustellen genöthigt, daß die von ihm dargelegte Natur des Darlehensscheines und der Quittung, sowie der Lehre von der exceptio non numeratae pecuniae noch immer Schwierigkeiten begegnet.

Mit Recht macht er darauf aufmerksam, daß die Hälfte der Noth, welche der deutschen Praxis durch die moderne Lehre von der erwähnten exceptio bereitet wurde, bestehen geblieben ist trotz E.-G. z. CPO. § 17, die Noth nämlich, welche sich aus der unbeschränkten Zulassung des Gegenbeweises gegen Darlehensschein und gegen Quittung ergibt.

Man könnte übrigens sogar die Frage für zweifelhaft halten, ob durch § 17 cit. die exceptio non numeratae pecuniae in ihrer Anwendung als exceptio non numeratae dotis getroffen ist. Denn schließlich fällt das Empfangsbekenntnis über die dos doch nicht unter den Begriff eines „Schuldscheins". Als erfreulich

[1]) Sammlung von Entscheidungen des obersten Landesgerichts für Bayern in Gegenständen des Civilrechts und des Civilprozesses Bd. IX. S. 417.

Digitized by Google

kann die Mittheilung Bähr's bezeichnet werden, daß Regelsberger ihn zu der Erklärung ermächtigt habe, er theile bez. der exceptio non numeratae pecuniae ganz und gar seinen Standpunkt.

Danach — und dies ist als Ergebnis der Bähr'schen Schrift bislang stets zu wenig betont worden — hatten der Darlehensschein wie die Quittung als Beweismittel durch die exceptio non numeratae pecuniae nichts eingebüßt. Die letztere war nichts weiter als der dem in Erwartung der Gegenleistung abgegebenen Zahlungsversprechen entgegengesetzte Einwand des dolus, begründet mit der Behauptung, daß die Erwartung nicht erfüllt worden sei.

Das Charakteristische dieser exceptio lag sonach eigentlich nur in ihrer zweijährigen Verjährung, welche bewirkte, daß der Promittent sich mit dem Einwande der nicht erfüllten Erwartung einer Gegenleistung überhaupt nicht mehr vertheidigen durfte, sondern höchstens nach den Regeln der condictio indebiti.

Dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuchs macht es Bähr zum Vorwurfe, daß er die verbindliche Kraft der Anerkennung an die Schriftform knüpft und daß er der verpflichtenden Kraft des Darlehensscheines sowie der liberatorischen der Quittung überhaupt nicht gedenkt. In letzterer Beziehung wird man Bähr beistimmen müssen. In ersterer Richtung wird sich doch streiten lassen, ob ein Bedürfnis besteht, schon der mündlichen Anerkennung verpflichtende Wirkung einzuräumen.

Zugegeben, daß es zehnmal gefährlicher sei, die Bürgschaft von der Schriftform freizugeben, als den Anerkennungsvertrag, so würde doch daraus auch gefolgert werden können, daß man die Bürgschaft der Schriftform unterwerfen solle.

Daß der Verleger durch Zusammendrängen des Druckes eine Preisherabsetzung und damit eine größere Verbreitungsfähigkeit des Buches ermöglicht hat, verdient als Vorzug der dritten Auflage bemerkt zu werden, wogegen allerdings nunmehr Sach- und Quellenregister zu vermissen ist.

Hellmann.

Digitized by Google

4. Landgraf, Dr. Josef, Dozent an der Königl. Württemb. Technischen Hochschule in Stuttgart u. s. w., Reichsgesetz zum Schutze der Waarenbezeichnungen vom 12. Mai 1894, einschließlich der erlassenen bundesräthlichen und patentamtlichen Verordnungen vom 30. Juni bezw. 21. Juli 1894 nebst den nöthigen Formularien, erläutert zunächst für den Geschäftsverkehr. Mit erschöpfendem Sachregister. Stuttgart 1894. J. B. Metzler'scher Verlag. (2 M. 80 Pf. 152 Seiten.)

Der Verfasser, wohl bekannt durch seine anerkannt brauchbaren Erläuterungen und Entwürfe von solchen Gesetzen, welche sich auf dem gemeinsamen Grenzgebiete des Handelsrechts und der Wirthschaftspolitik bewegen, bestimmt den vorliegenden Commentar des neuen deutschen „Markenschutzgesetzes" wie er sagt: „zunächst für den Geschäftsverkehr"; es kann aber keinem Zweifel unterliegen, daß das Buch vor Allem dem Juristen dienen wird; es ist nämlich in den erläuternden Bemerkungen eine Menge von rein juristischen Darlegungen, z. B. über die Schuldfrage bei Verletzung eines Waarenzeichenrechts, über die verschiedenen Arten der Betheiligung an einer Markenrechts-Übertretung, über die administrativen Maßregeln gegen die Einfuhr widerrechtlich bezeichneter Waaren, u. dgl. enthalten, und zudem zeigen die regelmäßig wiederkehrenden Hinweisungen auf mehr oder weniger abweichende ausländische Gesetzesbestimmungen ein hohes Maß von juristischem Verständnis und erregen darum das größte juristische Interesse. Aber für den Rechtskundigen sind auch die übrigen Ausführungen des Commentators wichtig, ja vielleicht noch wichtiger als die juristischen; denn gerade der Rechtskundige ist, wie er eben berufsmäßig mit den Rechtsfragen, meist vollauf, beschäftigt ist, häufig nicht im Stande, das wirthschaftliche Gebiet mit seinen Streitfragen so zu beherrschen, wie es zur Auslegung eines solchen Gesetzes nothwendig ist; hierin kommt dem Rechtskundigen, Richter, Rechts- und Staatsanwalt und Verwaltungsbeamten der Landgraf'sche Commentar ganz besonders willkommen zu Hilfe. Die vielseitige, aber immer auf das Praktische des Handelslebens gerichtete Thätigkeit des Commentators, der als Handelskammersekretär viele Jahre hindurch allen einschlägigen

Digitized by Google

Fragen des modernen Verkehrsrechts wohlgerüstet entgegentreten mußte und — an der Hand der ihm berufsmäßig stets zu Gebote stehenden Statistik auch konnte, wie sonst Niemand — ermöglicht dem Verfasser, zu jedem Satze des Gesetzes ein praktisches Beispiel zu geben, aus dem die ganze Tragweite der Regel klar wird, oder wohl gerade denjenigen Fall, welchen der Gesetzgeber vor Allem zunächst im Auge hatte, als er die Regel oder die Ausnahme aufstellte. So ist es bald die Textilindustrie, bald der Wein, bald das Eisen, bald die Butter, der chemische Farbstoff, der Tabak in irgend einer Form u. s. w., welche wir als bezeichnende Beispiele wirksam auftreten sehen, sei es, daß die das neue Gesetz beeinflußenden, ja zum Theil veranlassenden Eingaben und Vorstellungen der Vertreter des betreffenden Industriezweiges selbst hiezu den Stoff bieten, sei es, daß ihn der Verfasser aus seinem sonstigen reichen Wissen vom Geschäftsverkehre hernimmt.

Der Commentar besteht aus nummerirten Anmerkungen zu den einzelnen 26 Paragraphen des Gesetzes; die erste der Anmerkungen eines jeden derselben setzt das Verhältnis des neuen Paragraphen zum bisherigen Rechte und die Geschichte des Paragraphen auseinander, die letzte der einzelnen Paragraph-Anmerkungen enthält eine rechtsvergleichende Uebersicht der verwandten Bestimmungen fremder Gesetzgebungen, dazwischen liegen die Anmerkungen zu den einzelnen (nummerirten) Schlagworten der betreffenden Paragraphen, welche eine Erläuterung anrufen.

Auf alle Einzelheiten einzugehen, in denen wir dem Commentar zustimmen oder nicht zustimmen, ist nicht die Aufgabe dieser Besprechung; jedoch auf Einiges hievon möchten wir doch hinweisen:

Nach dem neuen Waarenzeichengesetz können auch sogenannte Phantasiebezeichnungen „Phantasiewörter" zur Eintragung in die vom Kaiserlichen Patentamt zu führende Zeichenrolle angemeldet werden, aber sie dürfen nicht Angaben über Art, Zeit und Ort der Herstellung, über die Beschaffenheit, über die Bestimmung, über Preis, Mengen- oder Gewichtsverhältnisse der Waare enthalten

Digitized by Google

(§ 4 Ziff. 1); zulässig ist, daß die Phantasiewörter in Verbindung mit anderen Namen eingetragen werden und zulässig ist auch die Eintragung von Namen einer Person in Verbindung mit anderen Wörtern als Marke. Für die Zulässigkeit solcher personeller Bezeichnungen sprach sich ein Vertreter der Reichsregierung im Reichstage aus (s. Landgraf S. 27), indem er die Eintragung der Namenverbindung „Pschorrbräu – München" als zulässig erklärte, — aber die Eintragung „Löwenbräu" wird von einem mindestens theilweise offiziösem Werke als unzulässig oder wenigstens als fraglich bezeichnet, da dieser Ausdruck „nach der Gepflogenheit des Verkehres auf eine besondere Güte der Waare hinweisen soll und zudem der Ausdruck „Löwe" als Freizeichen zu gelten habe und deßhalb als nicht eintragefähig anzusehen sein wird", — mit Bezug auf die Erläuterungen der zuletzt genannten theilweise — nämlich bei der Aufstellung der, — auch von Landgraf S. 132—140 mitgetheilten Formulare amtlich sprechenden Worte, bemerkt Landgraf S. 141: „Ganz gefahrlos sind derartige offiziöse Urtheile nicht", und weist dann auf eine Gesetzinterpretation des früheren Reichskanzleramtes hin, die vom Reichsgerichte sofort verworfen wurde. All' dem gegenüber möchte ich den ungemein feinen Takt hervorheben, mit welchem Landgraf S. 26—28 gerade die difficile Frage der „Phantasieworte" behandelt; diese dürfen, wenn sie auf Eintragung rechnen, nicht das Gebiet der individuellen Personennamen verletzen, nicht dem weiten Gebiete der üblichen Freizeichen angehören und nicht die durch § 4 Ziff. 1 verpönten Specialangaben enthalten; Antifebrin, Migränin und Antipyrin, (Arzneien), — Eiskönig und Eisvogel (Schlittschuhe), — Bulldoggmesser, — „Hunyadi Janos" (der Firma Saxlehner), — Aroma, Commercia, Madura, Hammonia, Bremensia, Hansa (Cigarren); — Reingold, Perle der Pfalz, der Mosel (Wein) und zahlreiche andere Worte werden an der Hand jener Grundsätze auf ihre Zulässigkeit zur Eintragung vom Verfasser geprüft, und seine Beurtheilung verdient volle Beachtung.

Digitized by Google

Nach dem neuen wie nach dem alten Waarenzeichengesetze ist u. A. die Eintragung solcher Zeichen zu versagen, „welche Aergernis erregende Darstellungen enthalten"; wenn nach Stenglein und Appelius (Die Reichsgesetze zum Schutze des geistigen Eigenthums, Berlin 1893) hierunter nur solche zu verstehen sein sollen, welche Aergernis in sexueller Beziehung zu erregen geeignet sind, so bin ich mit Landgraf der Meinung, daß die Auffassung zu enge wäre; denn es ist gewiß auch das religiös Anstoß Erregende, das politisch Gefährliche und zugleich das patriotische Gefühl Verletzende, das den Umsturz der bestehenden Gesellschaftsordnung Rühmende u. dgl. von der Eintragung als Waarenzeichen ausgeschlossen, wie Landgraf S. 30—31 mit Verweisung auf eine Entscheidung des Reichsoberhandelsgerichtes von 1876 richtig hervorhebt. Wenn aber Landgraf die Meinung Allfeld's (Allfeld, Das Gesetz über die Waarenbezeichnungen, München 1894), auch Worte können ärgerniserregende Darstellungen sein, für „mehr als fraglich" hält, so kann ich Landgraf hierin nicht Recht geben; wenigstens das scheint mir gar keinem Zweifel zu unterliegen, daß z. B. die Eintragung eines in dem Bilde eines Dolches oder dgl. und in den Worten „Tod Carnot!" oder „Ehre Caserio" bestehenden Waarenzeichens für Dolche, Messer u. dgl. verweigert werden muß; ein solches Zeichen braucht nicht eine ärgernis-erregende Darstellung im Sinne von Bild oder Zeichnung, wie Landgraf meint, zu sein, um die Eintragung auszuschließen, sondern es stellt eine unser sittliches Gefühl verletzende Auffassung der Schandthat eines gemeinen Mörders dar und kann darum nicht zum Rechtsschutze berechtigt werden.

Bekanntlich ist es eine der bedeutendsten Neuerungen des Gesetzes vom 12. Mai 1894, daß der Zeichenschutz nicht mehr von der Eintragung einer Firma abhängt, sondern Jedem zusteht, der einen Geschäftsbetrieb hat, in dem er seine Waaren von den Waaren Anderer durch Zeichen unterscheiden will; während früher nur „Gewerbetreibende, deren Firma im Handelsregister eingetragen ist"

Digitized by Google

(§ 1), Marken anmelden konnten, ist der Zeichenschutz jetzt auch Landwirthen, Gärtnern, Handwerkern u. s. w. zugänglich, wenn sie Waaren als die ihrigen, als ihre Produkte u. s. w. auf den Markt bringen, denn es heißt in dem neuen § 1: „Wer in seinem Geschäftsbetriebe u. s. w.“. Diese Erweiterung des Zeichenschutzes bringt den Verfasser auf den Gedanken, das Wort „Geschäftsmann“ — welches übrigens nicht im Gesetze gebraucht ist — zu definiren, und er bringt die Definition aus dem von ihm angeführten Werke von Courcelle-Sonneuil, Theorie und Praxis des Geschäftsbetriebes, Stuttgart 1878. Diese Definition gehört aber nicht hierher; sie faßt den „Geschäftsmann“ im Sprachgebrauche des gewöhnlichen Lebens, vielleicht auch der Wirthschaft in's Auge, indem sie darin einen berechnenden, Kapital und Arbeit richtig verbindenden Mann u. dgl. erblickt. Wahrscheinlich ist es diese Auffassung, unter deren Einfluß Landgraf steht, wenn er den Künstler völlig vom Geschäftsbetriebe und damit auch vom Markenschutze des Gesetzes vom 12. Mai 1894 ausschließt, — meines Erachtens sehr mit Unrecht: freilich als malender Künstler ist der Künstler nicht des Markenschutzes bedürftig und fähig, aber wenn, wie es denn doch in guten wie in schlechten Zeiten vorkommt, ein Maler aus seinem Malen ein Geschäft macht und Bilder in den Handel bringt, warum soll er nicht ein Zeichen sich schützen lassen, was z. B. dann für ihn vielleicht besonders werthvoll wäre, wenn er sich eines sehr häufig vorkommenden Familiennamens u. s. w. erfreut; das Kunstwerk, welches in den Handel kommt, ist unzweifelhaft Waare, auch nicht vertretbare Sachen können Waaren sein, und ein Geschäftsbetrieb ist vorhanden, wo nur immer zum Zweck der Verwerthung wirthschaftlich verwertbarer Kräfte, Leistungen oder Sachen „Geschäfte“ gemacht, nämlich zweiseitige Rechtsgeschäfte, Verträge geschlossen werden; auf diese Weise wird nämlich der Genuß des Produkts, der Arbeit oder der Sache Anderen gegen Entgelt zugänglich gemacht und darin besteht das — nebenbei bemerkt auch zum „Gewerbe“ erforderliche — „Geschäftliche“.

Digitized by Google

Zustimmen muß man — auch wegen der eben entwickelten Grundauffassung — Landgraf, wenn er industriellen „Verbänden", die nicht selbst als solche Geschäft betreiben, (also gewerblichen Interessenvertretungen) das Recht abspricht, Waarenzeichen für sich d. h. für ihre Mitglieder eintragen zu lassen; wenn aber Landgraf meint, daß die Beschränkung dadurch umgangen werden kann, daß der einzelne Verbandsgenosse die Eintragung bewirken läßt unter gleichzeitiger Ausstellung eines Reverses, die Verbandsmarke nicht als eigene Marke benutzen zu wollen (S. 4), so ist dies nur insoweit zutreffend, als selbstverständlich jener Verbandsgenosse seinerseits die vom Verbande gewählte Marke für seinen Geschäftsbetrieb eintragen lassen und darauf verzichten kann, gegen andere dieselbe Marke führende Verbandsgenossen den nach § 14 zur Civil- und bzw. zur Strafverfolgung erforderlichen Klag- bzw. Straf-Antrag zu stellen. Aber wie steht es mit jenem Reverse seinem Rechtsbestande nach? Wenn der Chocoladenfabrikant R. in München ein Zeichen für die von ihm fabrizirte Chocolade eintragen läßt, so ist dieses Zeichen an das Münchener Etablissement des R. gebunden, kann nicht ohne dieses veräußert werden (§ 7 des Gesetzes) und das Publikum darf vertrauen, daß die mit diesem Zeichen versehenen Chocoladewaaren aus der Fabrik des R. in München stammen und nicht aus der des Herrn X. in Hamburg und des Herrn Z. in Königsberg.

In der Auslegung des § 17 kann ich dem Commentator nicht beitreten, wenn er das Wort Firma auch auf bürgerliche Namen ausdehnt und das Wort und für gleichbedeutend mit oder, also disjunktiv nimmt (§ 100); gegenüber dem klaren Wortlaut des Gesetzes können auch Motive und Erwägungen nicht zu einem entgegengesetzten Inhalt führen.

Zwischen „Verletztem" und „Beschädigtem" wird mit Recht unterschieden, S. 74, vgl. S. 101, 104, 105; denn es unterliegt keinem Zweifel, daß auch da, wo kein vermögensrechtlicher Schaden vorliegt, wohl aber das Individualitäts- oder Persönlichkeitsrecht als solches verletzt ist, der Ausdruck „Verletzter", wo aber auch ein Vermögens-

Digitized by Google

schaden entstand, der Ausdruck „Beschädigter" am Platze ist, es würde hiezu auch passen, daß der „Verletzte" die Buße, der „Beschädigte" eine Entschädigung beanspruchen könne; aber das Gesetz spricht in § 14 von der „Entschädigung" des „Verletzten" und stellt in § 18 die „Buße" an Stelle jeder „Entschädigung" des „Beschädigten". Zum Sprachgebrauch des Gesetzes, aber nicht zu der von Landgraf selbst vorangestellten theoretisch unzweifelhaft richtigen Unterscheidung, paßt es, wenn Landgraf (S. 76) mit Rücksicht auf den Mißbrauch des Namens ohne Vermögensschaden sagt: „Entschädigung kann ich dann wohl fordern, aber keine Buße". Setzt aber nicht jede Entschädigung logisch eine Beschädigung voraus? —

Die Hervorhebung einzelner Punkte, in denen ich anderer Ansicht bin als Landgraf, wird selbstverständlich auf Niemanden den Eindruck des Tadels machen können, im Gegentheil: es ist die Freude an der Sache selbst und nicht minder auch an dem wohlgelungenen, der Theorie und der Praxis wirksam helfenden Commentar Landgrafs, welche mich veranlaßte, ausführlicher zu werden als ich wollte und — sollte!

Königsberg i. Pr., Juni 1895. Carl Gareis.

5. Mittler, Dr. Heinrich jun., Beiträge zur Theorie des Patentrechtes. Berlin 1894. Carl Heymann. 165 S.

Der Verfasser zeigt sich in dem vorliegenden Werke als gründlichen Kenner und Forscher auf dem vielfach umstrittenen, schwierigen, aber gewiß hochinteressanten Gebiete. In acht Kapiteln kommen so ziemlich alle grundlegenden Fragen zu einer eingehenden, streng wissenschaftlichen und zugleich praktisch anschaulichen Erörterung.

Die beiden ersten Kapitel befassen sich mit dem Grund und der Rechtfertigung des Patentschutzes, wobei auf die bedeutsamsten der bisher aufgestellten Theorien Streiflichter geworfen werden. Der Verfasser wendet sich hier namentlich gegen die Auffassung Kohlers, als liege der legislativ-politische Grund des Patentschutzes in der Gerechtigkeit. Zwar leugnet Mittler nicht,

Digitized by Google

daß auch die geistige Arbeit einen Anspruch auf Lohn habe, den die Gesetzgebung anerkennen müsse, aber er verwirft die Parallele des Immaterialrechtes mit dem Eigentum, welche dahin führen müßte, daß dem Erfinder sein Recht überhaupt nicht mehr entzogen werden dürfte, während doch in der Gesetzgebung ein Patentrecht von immerwährender Dauer nicht zur Geltung gelange. Der Verfasser schließt sich daher der Ansicht an, die Gewährung von Erfindungspatenten bezwecke die Bereicherung der Industrie auf dem Wege der Anspornung des schaffenden Genius zu immer neuem Thun, hiezu eigne sich aber nur ein zeitlich beschränktes Monopol, während ein Erfinderrecht von unbeschränkter Dauer die Industrie, statt sie zu fördern, im Gegenteile hemmen würde. Die in der Patentertheilung liegende Belohnung — so argumentirt der Verfasser — ist unentbehrlich, weil ein großer Prozentsatz der Erfinder mit der bloßen Ehre sich nicht begnügen würde, eine staatliche Belohnung für schöpferische Leistungen auf industriellem Gebiete in anderer Form aber nicht durchführbar wäre; sie ist aber auch deßhalb von unschätzbarer Bedeutung, weil ohne sie der Erfinder, um die Ausschließlichkeit der Nutzung dennoch zu erreichen und sich so den Lohn seiner Mühe zu verschaffen, den Gegenstand der Erfindung nach Möglichkeit in ein undurchdringliches Geheimnis hüllen und dadurch zu unmoralischen, auf die Lüftung des Schleiers abzielenden Bestrebungen, wie Vertrauensmißbrauch, Bestechung ꝛc. anreizen würde, welche in demselben Maße verhindert werden, als die Patentbeschreibung offen und rückhaltslos den Kern der Erfindung bloßlegt. Man wird den diesbezüglichen Ausführungen Mittlers großentheils zustimmen müssen. Freilich darf dabei nicht übersehen werden, daß, was die Gewährleistung der ausschließlichen Nutzung einer Erfindung rechtfertigt, ursprünglich doch nichts anderes ist, als die Thatsache der geistigen Produktion, welche dem Erfinder ein Recht auf die Früchte gibt, das die Gesetzgebung in der Ertheilung des Patentschutzes nur zur Anerkennung bringt, nicht lediglich aus wirthschaftlich-politischen Erwägungen, sondern eben doch

Digitized by Google

zunächst der Gerechtigkeit wegen. Auch wäre es wohl irrig, den Grund für die Beschränkung des Patentschutzes auf eine bestimmte Zeit darin zu finden, daß eine auf etwa fünfzehn Jahre begrenzte Gewährleistung der ausschließlichen Nutzung ein dem Zwecke der Patentertheilung völlig entsprechendes, die geistige Arbeit des Erfinders ausreichend lohnendes Aequivalent sei. Vielmehr wird man principiell dem Erfinder so gut wie dem Urheber einen Anspruch auf ein gesetzlich garantirtes ausschließliches Nutzungsrecht mindestens für Lebenszeit zugestehen und den Grund der zeitlichen Beschränkung in der Rücksicht auf das mit dem Interesse des Schöpfers der Conception konkurrirende öffentliche Interesse finden müssen, eine Rücksicht, welche auch dem Schutze des Urhebers gewisse Schranken zieht, auf dem Gebiete der Industrie aber, wenn deren Entwickelung nicht Schaden leiden soll, in erhöhtem Maße Anwendung finden muß.

Der Verfasser wendet sich dann zu dem wesentlichsten Erfordernisse der Patentfähigkeit einer Erfindung — zu dem der Neuheit. Die hier von ihm aufgestellten Sätze entsprechen in der Hauptsache unserem positiven Rechte; seine Begründung ist geistreich und überzeugend.

Mit den Ausführungen in dem folgenden Kapitel: Object des Patentschutzes möchte ich mich dagegen nicht durchweg einverstanden erklären. Richtig ist allerdings, daß eine neue Idee nur dann Anspruch auf Patentirung hat, wenn sie uns bereits in einer für das praktische Leben sofort brauchbaren Form verwirklicht entgegentritt. Allein trotz der etwas weitläufigen und theilweise selbstverständlichen Erörterungen, mit welchen Mittler diesen Satz zu begründen sucht, dürfte ihm doch eines nicht vollständig gelungen sein: die richtige Grenze zwischen der patentfähigen Erfindung und deren Vorstufen zu ziehen. Es handelt sich hier nicht bloß um den von dem Verfasser so drastisch und mit behaglicher Breite geschilderten Gegensatz der vollendeten Schöpfung zur allerersten Idee oder gar zu dem bloßen Wunsche, es möchte eine vorhandene Lücke ausgefüllt, ein erkanntes Bedürfnis befriedigt werden. Welch ein

Digitized by Google

weiter Weg von diesem ersten Keim einer Erfindung bis zu dieser selbst zurückzulegen ist, weiß jeder, das bedarf kaum einer Ausführung; daß aber häufig, ja vielleicht in den meisten Fällen der schließlich mit dem Preise des Patentes Gekrönte diesen Weg nicht allein gewandelt ist, daß er ihn etwa gar erst kurz vor dem Ziele betreten hat und ihn bis dahin ganz Andere allmählich geebnet haben in der Hoffnung, selbst das heiß ersehnte Ziel noch zu erreichen, während ihre Kraft im letzten Augenblicke erlahmte — davon hätte der Verfasser sprechen sollen. Es ist ein Leichtes, dem Leser begreiflich zu machen, daß derjenige kein Patent verdient, der nur „dem unerreichbar dünkenden Wunsche Ausdruck verlieh, durch einen Apparat mit seinen Geschäftsfreunden verbunden zu werden" und daß erst „dem genialen Erfinder des Telephons" der Preis gebührte. Aber ist es denn stets ein Einziger, der mit gewaltiger Hand eine Schöpfung hervorzaubert, von welcher Andere nur als von einem fernen Ideal ohne klare Vorstellung geträumt haben? Ich denke, bei so mancher großen Erfindung haben gar Viele mit- oder auch vorgearbeitet, Viele sind über den Wunsch und die erste Idee weit hinausgekommen und haben Versuche zur Verwirklichung der Idee angestellt, an welche Andere wiederum anknüpften; manche auch mögen schon die Hand nach dem Ziele ausgestreckt haben, Einem aber gelang es, theilweise auf den Schultern der Anderen stehend das Ziel zu erfassen und festzuhalten; ihm gebührt freilich der Ruhm der Erfindung, aber die Anderen, welche es nur nicht erreichten, die Idee zu verwirklichen, haben doch das unbestreitbar große Verdienst, sie gefördert und teilweise zur Reife gebracht zu haben. Zwischen dem Schaffen dieser Männer, welches wohl auch „Thatkraft und Rüstigkeit athmet", dennoch aber kein patentfähiges Object zu Tage förderte und der That des eigentlichen Erfinders ist die Grenze zu ziehen und es wäre die Aufgabe des Verfassers gewesen, die Gründe darzuthun, warum auch Diejenigen auf ein Patent keinen Anspruch erheben können, welche sich nicht darauf beschränkten, „anzudeuten, was für Errungenschaft am Platze wäre",

Digitized by Google

sondern sich selbstthätig bemühten, die von ihnen empfundene Lücke auszufüllen, und durch ihre Forschungen dem Erfinder so manche Arbeit ersparten — vielleicht nur dadurch, daß ihre Mißerfolge ihn von Seitenwegen abhielten, die nicht zum Ziele führten, vielleicht aber auch dadurch, daß sie auf dem geraden Wege Hindernisse wegräumten.

Wenn in der Folge der Verfasser mit dem Unterschiede zwischen Entdeckung und Erfindung sich beschäftigt und den Satz aufstellt, nur letztere, niemals erstere könne Gegenstand des Patentschutzes sein, so ist ihm zwar im Allgemeinen zuzustimmen; doch darf nicht außer Acht gelassen werden, daß die Trennung der Entdeckung von der Erfindung nicht immer mit solcher Schärfe sich durchführen läßt, daß man sagen könnte, jene habe an der Patentfähigkeit des Produktes gar keinen Antheil. Man denke nur an die Erfindungen auf dem Gebiete der Chemie und man wird nicht bestreiten können, daß hier sehr häufig Entdeckung und Erfindung Hand in Hand gehen, diese ohne jene gar nicht möglich ist.

In dem folgenden Kapitel wendet sich der Verfasser nunmehr zu den Einführungspatenten, d. h. zu der Frage, ob die Gesetzgebung die Ertheilung von Patenten für Erfindungen, welche bereits im Auslande patentirt sind, zulassen soll. In zutreffender Weise widerlegt er die gegen die Zulassung geltend gemachten Argumente, sowie auch die Anschauung, daß die Zulassung von Bedingungen und Einschränkungen abhängig zu machen sei, welche für ursprünglich inländische Patente nicht verlangt werden. Auch hier steht der Verfasser im Wesentlichen auf dem Boden der deutschen Patentgesetzgebung.

Unser Patentgesetz enthält bekanntlich im § 11 die Bestimmung, daß das Patent nach Ablauf von drei Jahren zurückgenommen werden könne, 1. wenn der Inhaber es unterlasse, im Inlande die Erfindung in angemessenem Umfange zur Ausführung zu bringen, oder doch Alles zu thun, was erforderlich ist, um diese Ausführung zu sichern, sowie 2. wenn im öffentlichen Interesse die Ertheilung

Digitized by Google

der Erlaubnis zur Benutzung der Erfindung an Andere geboten erscheine, der Patentinhaber aber gleichwohl sich weigere, diese Erlaubnis gegen angemessene Vergütung und genügende Sicherstellung zu ertheilen. Damit hat das Gesetz den Ausführungs- und den Lizenzzwang statuirt. Mittler erörtert nun in dem 6. Kapitel seiner Beiträge zunächst die Frage nach dem Bedürfnisse solcher Zwangsbestimmungen im Allgemeinen und kommt folgerichtig zu deren Bejahung. Hieran anschließend bespricht er die Mittel zur Erzwingung und gelangt auf Grund sorgsamer Prüfung der sich etwa darbietenden Möglichkeiten zu dem Schlusse, daß weder der indirekte Zwang durch Verhängung von Strafen, noch auch die zwangsweise Ertheilung von Lizenzen, sondern einzig und allein die Verhängung des Patentverlustes der zum Ziele führende Weg ist. Aber er nimmt dies nur für den Fall an, daß die Ausführung verweigert wird. Wenn der Patentinhaber einem Bewerber die Ertheilung der Licenz verweigert, soll nach der Ansicht des Verfassers ein doppelter Weg eingeschlagen werden können; entweder soll das Patentamt zunächst darüber entscheiden, ob die Weigerung begründet sei und, wenn die Entscheidung im entgegengesetzten Sinne laute, der Patentverlust erst durch eine zweite Entscheidung auf Grund der Thatsache verhängt werden, daß der Patentinhaber trotz der zu seinen Ungunsten lautenden ersten Entscheidung auf der Weigerung hartnäckig beharre; oder das Patentamt soll einfach an Stelle des Patentinhabers die Licenz dem Bewerber zu ertheilen in der Lage sein. Dem letzteren Verfahren gibt der Verfasser den Vorzug. Den ersterwähnten Weg hat das deutsche Patentgesetz eingeschlagen, insoferne es in § 30 Abs. 3 bestimmt: Wird die Zurücknahme des Patentes auf Grund des § 11 Nr. 2 beantragt, so muß der diesem Antrage entsprechenden Entscheidung eine Androhung der Zurücknahme unter Angabe von Gründen und unter Festsetzung einer angemessenen Frist vorausgehen. Im Gegensatze zu dem Verfasser möchte ich dieses Verfahren der unmittelbaren Erzwingung der Licenz vorziehen. Auf

Digitized by Google

den ersten Blick mag ja eine Maßregel, welche dem Inhaber das Patent erhält und trotzdem das durchsetzt, wozu der Patentinhaber verpflichtet ist, eine geringere Härte enthalten, als der Verlust des Patentes. Allein der Patentinhaber hat es ja, nachdem die Androhung der Zurücknahme an ihn ergangen ist, in der Hand, das Präjudiz abzuwenden und zwar dadurch, daß er dem öffentlichen Interesse an der Licenzertheilung nur überhaupt in gehöriger Weise Rechnung trägt, ohne daß er gerade gezwungen wäre, diesem concreten Bewerber die Benutzung der Erfindung zu gestatten. Der Licenzzwang ist nicht zu Gunsten Einzelner, sondern im Interesse der Gesammtheit eingeführt und nur deßhalb, weil man ohne angemessene Vergütung dem Monopolisten nicht zumuthen könnte, Anderen die Benutzung der Erfindung zu gestatten, hängt die Ausübung des Zwanges davon ab, daß sich Jemand unter Anbieten entsprechender Entschädigung um die Erlaubnis bewirbt. Es ist nun sehr wohl denkbar, daß der Patentinhaber gerade diesem Bewerber die Benutzung der Erfindung nicht gestatten will. Hat er bereits früher mehrere Licenzen ertheilt und damit dem öffentlichen Interesse Genüge gethan, so wird das Patentamt ohnehin gegenüber der Klage des neuen Bewerbers sich ablehnend verhalten. Besteht dagegen wirklich zur Zeit der Bewerbung ein öffentliches Interesse an der Licenzertheilung, so erstreckt sich dasselbe doch nicht auf die Wahl der Person gerade dieses Bewerbers und es muß die Möglichkeit offen gelassen werden, daß der Patentinhaber, wenn er von autoritativer Seite erst erfährt, daß die Voraussetzungen für die Licenzertheilung vorliegen, seiner Verpflichtung in einer Weise nachkommt, welche ihm genehm ist, d. h. daß er den Mitbenutzer der Erfindung selbst wählt, wobei es dann immer noch in das Ermessen des Patentamtes gestellt bleibt, darüber zu entscheiden, ob durch diese Wahl dem öffentlichen Interesse gedient wird. Würde dagegen das Patentamt einfach in der Lage sein, auf die Klage eines bestimmten Bewerbers sofort diesem die Erlaubnis zur Mitbenutzung der Erfindung zuzuerkennen, so würde

Digitized by Google

dem Patentinhaber, der, als er die Licenz verweigerte, vielleicht des guten Glaubens war, es bestehe kein öffentliches Interesse an der Licenzertheilung, und erst jetzt eines anderen belehrt wurde, das Recht der Auswahl des Mitbenutzers ohne Grund entzogen. Der Verfasser hat nun freilich den Vorwurf, daß bei dem von ihm gebilligten Verfahren für eine freiwillige Submission des Monopolisten wenig Spielraum geboten sei, in das Bereich seiner Erörterung gezogen, aber nicht erschöpfend. Es kann ihm zugegeben werden, daß es ziemlich einerlei ist, ob der Befugte selbst den Licenzvertrag abschließt oder der Staat an seiner Stelle „die gleiche Summe von Berechtigung dem dritten Bewerber gewährt." Wenn aber der Verfasser meint, hiemit sei jedes Bedenken gegen den unmittelbaren Licenzzwang beseitigt, so ist diese Meinung, wie es scheint, von der Auffassung getragen, als könne der Staat von dem Patentinhaber verlangen, daß er, das öffentliche Interesse an der Licenzertheilung überhaupt und das Angebot einer angemessenen Vergütung vorausgesetzt, jedem beliebigen Bewerber die Erlaubnis zur Mitbenutzung der Erfindung gestatte, eine Auffassung, welche sich weder nach allgemeinen Grundsätzen, noch auch vom Standpunkte des positiven Rechtes, wenigstens des Reichspatentgesetzes aus rechtfertigen läßt.

Zu den schwierigsten und am meisten bestrittenen Fragen des Patentrechtes gehört zweifellos die, ob der Ertheilung eines Patentes eine Vorprüfung seitens der Behörde rücksichtlich der Neuheit und der gewerblichen Verwerthbarkeit einer Erfindung vorausgehen oder ob ein Patent ohne solche Vorprüfung ertheilt werden solle. Einer eingehenden Kritik der beiden Systeme — des Vorprüfungs- und des Anmeldeprincips — ist das folgende (7.) Kapitel der Mittler'schen Schrift gewidmet. Der Verfasser bespricht der Reihe nach die gegen das Vorprüfungs- und für das Anmeldesystem geltend gemachten Argumente, welche er in durchaus trefflichen Ausführungen theilweise widerlegt, zum Theil aber als beachtenswerth anerkennt, so daß er schließlich zu einer Lösung der Streitfrage nicht gelangt, sondern die endgiltige Entscheidung der künftigen

Digitized by Google

Erfahrung anheim stellt. Darin wird man ihm auch beipflichten müssen; denn die Frage ist zur Entscheidung in der That noch nicht reif und speciell in Deutschland, wo die einheitliche Patentgesetzgebung noch nicht einmal auf 20 Jahre zurückreicht und das Prüfungsverfahren, wenn es auch schon nach dem Gesetze in der älteren Fassung Anwendung fand, eine genauere Regelung doch erst durch die Novelle vom Jahre 1891 gefunden hat, wird sich im Laufe der Zeit erst mit einiger Sicherheit ein Urtheil darüber abgeben lassen, ob das adoptirte System, bei welchem allerdings mit dem Vorprüfungsverfahren das Aufgebotsverfahren combinirt und damit die Betheiligung der Gesammtheit an der Vorprüfung einigermaßen gewährleistet ist, beizubehalten oder ob zu dem Anmeldesystem ohne Vorprüfung überzugehen sein wird.

Der Verfasser wendet übrigens in diesem Kapitel seine Aufmerksamkeit auch noch anderen wichtigen, mit dem Hauptthema zusammenhängenden Fragen zu, namentlich der Behandlung des Nichtigkeitsverfahrens. Den Ausgangspunkt zur Erörterung des letzteren bildet der von den Gegnern der Vorprüfung erhobene Vorwurf, daß trotz der den Patentwerber belästigenden vorläufigen Untersuchung die fortwährende Beunruhigung des Patentinhabers mit Nullitätsklagen nicht fortfalle. Allerdings schließt das Vorprüfungsverfahren einen späteren Antrag auf Nichtigerklärung nicht aus und es ist nach dem heutigen Stande der Gesetzgebung auch nicht zu verhindern, daß solche Anträge immer wieder gestellt werden, und durch das Verfahren, welches auf Antrag einzuleiten ist, der Patentinhaber im ruhigen Besitze seines Ausschließungsrechtes gestört wird, wenn auch vielleicht keiner der gestellten Anträge begründet ist. Nur in einer Beziehung und zwar allerdings in einer sehr wesentlichen, hat das Patentgesetz für das Deutsche Reich eine Schranke gezogen: nach Ablauf von fünf Jahren von dem Tage der über die Ertheilung des Patentes erfolgten Bekanntmachung gerechnet ist ein Antrag auf Nichtigerklärung aus dem Grunde, weil der Gegenstand nach §§ 1 und 2 nicht patentfähig gewesen

Digitized by Google

sei, unstatthaft. Gerade die zeitliche Beschränkung des Nullitätsanspruchs wird aber von Mittler verworfen, weil nach seiner Meinung dieser Weg so manchen Anfechtungspunkt, der verspätet auftauche, förmlich im Keim ersticke und andererseits, wenn ein solcher Präclusivtermin bestimmt sei, vor Ablauf des bestimmten Zeitraumes der Patentinhaber gegen muthwilligerweise heraufbeschworene Processe gar keinen Schutz genieße und vielleicht erst nach schweren Kämpfen die Periode des gesicherten Genusses seines Rechtes erreiche. Der Verfasser zieht daher verschiedene Arten der Abhilfe in Erwägung. Zunächst eine gesetzliche Vorschrift, durch welche jeder Entscheidung, die einen Nichtigkeitsproceß zu Gunsten des Patentinhabers erledigt, in Bezug auf den bestimmten Anfechtungsgrund, auf welchem der Antrag basirte, Rechtskraft gegen die Gesammtheit verliehen würde, so daß auf diesen Grund ein Antrag auf Nichtigerklärung von Niemand mehr gestützt werden könnte. Dem Einwande gegenüber, daß durch eine solche Vorschrift der Collusion Thür und Thor geöffnet würde, insoferne der Patentinhaber leicht Strohmänner aufstellen könnte, welche der Reihe nach über alle möglichen Anfechtungsgründe Scheinprocesse mit ihm führen würden, glaubt der Verfasser durch die Institution eines justus contradictor, eines dem Nullitätswerber zur Seite zu stellenden staatlichen Organes, Abhilfe schaffen zu können. Aber auch in Verbindung mit dieser Institution hat die Consumption der Anfechtungsgründe, wie der Verf. nicht verkennt, ihre mißliche Seite. Er kommt daher zu dem Vorschlage, auch von dieser Beschränkung der Nichtigkeitsklagen abzusehen, dafür aber scharfe Ordnungsstrafen auf leichtsinnige Erhebung solcher Klagen anzudrohen.

Die von Mittler gegen die Bestimmung eines Präclusivtermines erhobenen Bedenken treffen wohl gegenüber der erwähnten Vorschrift des deutschen Patentgesetzes nicht zu. In einem Zeitraume von fünf Jahren kann sich die Gesammtheit zweifellos ein Urtheil darüber bilden, ob der Gegenstand des Patentes ein patentfähiger ist oder nicht und es ist wahrlich am Platze, daß diese

Digitized by Google

Frage nach Ablauf der langen Zeit — eines Dritttheils der ganzen Schutzfrist — ihre Erledigung und damit der Patentinhaber in dieser Beziehung seine Ruhe finde. Freilich meint der Verfasser, die Angst, den Termin zu versäumen, dränge manchen Interessenten zu einem Processe, den er vielleicht sonst nicht anstrengen würde; allein diejenigen Fälle, in welchen wirklich durch das Bestehen einer Ausschlußfrist Processe heraufbeschworen werden, welche sonst würden vermieden worden sein, werden gewiß nicht zahlreich sein, und wenn namentlich die von dem Verfasser gedachte Voraussetzung eintritt, daß nämlich das Object des Patentes täuschende Ähnlichkeit mit bereits allgemein bekannten technischen Effekten aufweist, so daß thatsächlich Zweifel darüber bestehen können, ob das Erfordernis der Neuheit erfüllt und daher der Gegenstand patentfähig sei, so ist es im Interesse der Allgemeinheit geradezu wünschenswerth, daß das Patentamt, welches vielleicht von dem Bestehen eines ähnlichen technischen Betriebes vorher keine Kenntnis erlangt hat, durch einen Antrag auf Nichtigerklärung baldmöglichst in die Lage gesetzt wird, die Frage der Neuheit von diesem Gesichtspunkte aus wiederholt zu prüfen und unter Umständen dem Ausschließungsrechte des Patentinhabers ein Ende zu bereiten, bevor dasselbe erheblichen Schaden angerichtet hat. In der Regel wird derjenige, welcher sich durch ein Patent in seinem bisherigen Gewerbebetrieb beeinträchtigt glaubt, nicht abwarten, bis er vielleicht wegen Patentverletzung belangt wird, sondern alsbald auf Nichtigerklärung antragen, ob nun hiefür eine Frist besteht oder nicht. Die beiden subjectiven Nichtigkeitsgründe: Collision mit einem älteren Patentrechte und widerrechtliche Aneignung einer noch nicht patentirten fremden Erfindung können ohnehin nach unserem Gesetze während der ganzen Dauer des Patentes geltend gemacht werden und daran ist festzuhalten und zwar auch ohne eine Beschränkung von der Art, wie sie der Verfasser vorschlägt. Die Androhung einer Ordnungsstrafe für muthwillige Erhebung einer Nichtigkeitsklage, welche an die von unserer Proceßgesetzgebung abgeschaffte Frivolitätsstrafe

Digitized by Google

erinnert, ist auf dem Gebiete des Patentrechtes wohl ebenso wenig veranlaßt, als sonst irgendwo. Wer auf einen der eben angeführten subjectiven Gründe einen Nichtigkeitsanspruch stützt, behelligt den Patentinhaber nicht in höherem Maße, als derjenige, welcher gegen den Besitzer einer Sache die Eigenthumsklage erhebt, diesen belästigt. Mit dem gleichen Rechte wie dort könnte man es für angemessen erklären, auf eine muthwillig gestellte rei vindicatio eine Strafe anzudrohen. Auf einen dieser Nichtigkeitsgründe subjectiver Art wird auch der Natur der Sache nach ein Antrag auf Nichtigerklärung nicht allzu oft und namentlich nicht häufig muthwilliger Weise aufgebaut werden. Letzteres wäre mehr zu befürchten hinsichtlich des objectiven Nichtigkeitsgrundes der mangelnden Patentfähigkeit. Hier aber greift die zeitliche Beschränkung wirksam ein, und wenn die Kosten eines erfolglosen Nichtigkeitsprocesses den Antragsteller treffen, werden sich auch die Processe dieser Art innerhalb der fünf Jahre nicht zu sehr häufen.

Im Anschlusse an die Erörterung des Nullitätsverfahrens kommt der Verfasser auch auf die sogenannte Patentvindication zu sprechen. Wie oben schon erwähnt, bildet es nach positivem Rechte einen Nichtigkeitsgrund, wenn der Patentinhaber die noch nicht geschützte Erfindung eines Anderen zum Gegenstande seines Patentes gemacht hat oder, wie sich das Gesetz ausdrückt, wenn der wesentliche Inhalt der Anmeldung den Beschreibungen, Zeichnungen, Modellen, Geräthschaften oder Einrichtungen eines Anderen, oder einem von diesem angewendeten Verfahren ohne Einwilligung desselben entnommen war. Wird nun das Patent auf Antrag des eigentlichen Erfinders für nichtig erklärt, so fällt der Gegenstand desselben der freien Concurrenz anheim, so daß auch für den Erfinder kein ausschließliches Recht bleibt. Auf dem Wege der Patentvindication, für welchen der Verfasser eintritt, soll nun das erschlichene Monopol, statt annullirt zu werden, von dem bisherigen Patentinhaber auf den wahren Erfinder übergehen, freilich unbeschadet wohlerworbener Rechte Dritter, welche sich auf Ver-

Digitized by Google

fügungen des früheren Patentinhabers gründen. Es ist nicht zu verkennen, daß eine solche Institution die vom Verfasser hervorgehobenen theilweise schon von anderer Seite anerkannten Vortheile bieten würde und es ist den Ausführungen des Verfassers namentlich insoferne beizupflichten, als er sich gegen die von den Motiven zu dem Reichspatentgesetze vom 25. Mai 1877 wider die Patentvindication ins Feld geführten Gründe wendet.

Das letzte Kapitel der vorliegenden Schrift beschäftigt sich mit der Competenz in Patentsachen und rechtfertigt die von unserem positiven Rechte adoptirte Scheidung der administrativen und richterlichen Zuständigkeit, durch welche das Anfechtungsverfahren der ersteren, Streitigkeiten wegen Patentverletzung der letzteren überwiesen sind. Auch hier geht der Verfasser mit großer Umsicht und mit logischer Schärfe zu Werke, und die von ihm entwickelten Gründe sind zweifellos geeignet, eine Ueberzeugung dafür beizubringen, daß diese Trennung der Competenzen unvermeidlich ist. Alle Bedenken zerstreut zu haben, hofft der Verfasser wohl selbst nicht; wenigstens läßt er durchblicken, daß namentlich in einem Falle der Wunsch, es möchte der Richter auch die Frage der Giltigkeit eines Patentes in das Bereich seiner Beurtheilung ziehen dürfen, sehr nahe liegt, nämlich dann, wenn der Patentinhaber selbst die Nichtigkeit des Patentes behauptet, um den Anspruch Desjenigen, von welchem er das Patent gekauft und dem er den Kaufpreis noch nicht bezahlt hat, zurückzuweisen. Ob die von dem Verfasser in Vorschlag gebrachten Auskunftsmittel — Bestellung eines Curators im Anfechtungsprocesse entweder auf klägerischer oder beklagtischer Seite — über das Mißliche der Competenzscheidung hier wirklich hinweghelfen, ist mindestens fraglich. Jedenfalls erscheint es als das Natürlichere, wenn, sobald der Richter das vor ihm anhängige Verfahren bis nach Entscheidung des Anfechtungsprocesses ausgesetzt hat, der beklagte Patentinhaber, der sich auf die Nichtigkeit des Patents beruft, in dem Anfechtungsprocesse die Rolle des betreibenden Theils übernimmt, also seinerseits

Digitized by Google

den Antrag auf Nichtigerklärung beim Patentamte stellt, statt daß er irgend einen Dritten veranlaßt, den Antrag zu stellen und im Anfechtungsprocesse die Rolle des Beklagten gewissermaßen nur zum Scheine durchführt. Der Gesetzgeber könnte für den gedachten Fall einfach bestimmen, daß das Patentamt den ausnahmsweise vom Patentinhaber selbst gestellten Antrag dem früheren Patentinhaber, also dem Gegner des Antragstellers in dem gerichtlichen Verfahren mitzutheilen und diesen zur Erklärung aufzufordern habe, und daß überhaupt das Anfechtungsverfahren zwischen diesen beiden Personen sich abzuwickeln habe. Dadurch würde die Aufstellung eines Curators, der ja doch nur die Interessen des Patentveräußerers zu wahren hätte, völlig überflüssig.

Erlangen. Allfeld.

6. Coermann, W., Gerichtsassessor: Das Nachbarrecht an Eisenbahnen nach französischem Rechte. Unter Benützung der neuesten Rechtsprechung für die Praxis bearbeitet. (Sep.-Abdr. aus der Zeitschrift f. franz. Civilr. Bd. XXIV Heft 3—4). Mannheim, J. Bensheimer 1894. 51 S.

Die Arbeit C.'s untersucht eingehend die durch die Ausführung des Eisenbahnbaus (S. 5—7) und die durch den bestehenden Bahnkörper (S. 7 fg.) bewirkten Eigenthumsbeschränkungen der Nachbargrundstücke, die Verf. nicht sehr passend als „gesetzliche Grunddienstbarkeiten" (S. 35) — also mit einem der heutigen Wissenschaft fremden Ausdruck — bezeichnet, wie auch umgekehrt die der Bahn durch das Nachbarrecht auferlegten Betriebsbeschränkungen und Haftungen. Mit großer Vollständigkeit werden die einzelnen Beschränkungen durchgegangen; eine besonders eingehende Behandlung finden die Wirkungen der Eingriffe des Bahnbetriebes in die Wasserverhältnisse (S. 7—16), eine für die Praxis bekanntlich recht dornenvolle Materie, ferner die in das Wegerecht (S. 16—23), die Baubeschränkungen (S. 26—37), die Folgen der Belästigung der Anlieger durch den Betrieb (S. 37—45). Ueberall ist die einschlägige französische und deutsche Literatur, sowie vor Allem die Judicatur, in dieser Materie naturgemäß von besonders ausschlaggebender Be-

Digitized by Google

deutung, benützt. Da das gemeinrechtliche Princip des Nachbarrechtes bei der Schweigsamkeit des Code civil auch für das französische Recht fast überall Anwendung findet, ist auch auf die gemeinrechtliche Literatur mit Recht ständig Rücksicht genommen; die Arbeit gewinnt somit auch für weitere Leserkreise an Interesse.

Die Darstellung kann als flüssig und meist klar bezeichnet werden; die Ansichten des Verf.'s bekunden Besonnenheit und praktischen Takt. Seine Stärke liegt freilich mehr im Referiren und Zusammenfassen des vorhandenen Materials, als in der Aufstellung selbständiger Ideen. Daher ist der specifisch wissenschaftliche Gehalt der Arbeit kein sonderlich bedeutender, wie sie denn auch laut Titelblatt für die Praxis bestimmt ist. Zwar sucht sich der Verf. über die theoretischen Grundlagen des Nachbarrechtes und der Eisenbahnconcession Klarheit zu verschaffen, aber derartige Erörterungen kommen doch im Ganzen wenig zur Geltung und werden nur aphoristisch vorgetragen; auch kann das, was C. hier sagt, nicht überall gebilligt werden. So nicht die Behauptung S. 3, das Recht zum Bau einer Eisenbahn sei ein staatliches Hoheitsrecht. Das geht doch selbst für unsere Zeit der Eisenbahnverstaatlichung entschieden zu weit und beruht auf einer Vermischung der Concession zum Eisenbahnbau und dem Unternehmen selbst. Oder sollte die Anlage jedwedes der Concession unterworfenen gewerblichen Betriebes ein staatliches Hoheitsrecht sein?

Die Behauptung ferner, daß das — übrigens vom Verf. mit Recht angenommene — Recht der Anlieger auf Erhaltung eines öffentlichen Weges mehr aus praktischen, als aus streng rechtlichen Gründen zugelassen sei, ist doch keine irgendwie ausreichende Begründung — in Wahrheit läßt sich jenes Recht sehr wohl auch theoretisch rechtfertigen, cf. Regelsberger Pandekten I. S. 423; Dernburg Pand. I S. 170 N. 8.

Seinen, freilich begrenzten, Zweck kann das Schriftchen nach alledem sicherlich erfüllen.

Berlin. Oertmann.

Digitized by Google

IV.

Civilproceß.

1. Schrutka-Rechtenstamm, Dr. E. v., ord. Prof. des Rechtes an der Universität Wien. Die Umgestaltung der Gerichtsverfassung durch den Entwurf eines Gesetzes über die Ausübung der Gerichtsbarkeit und die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte in bürgerlichen Rechtssachen. 136 S.

Eine in der österreichischen „Zeitschrift für Notariat und freiwillige Gerichtsbarkeit" erschienene Artikelreihe ist hier noch selbstständig veröffentlicht. Die Arbeit bezweckt, „die Veränderungen darzustellen, welche der Entwurf eines Gesetzes über die Ausübung der Gerichtsbarkeit und die Zuständigkeit (ex 1893) an dem gegenwärtigen Rechte vorzunehmen beabsichtigt". Dies geschieht in der Weise, daß der Verfasser die Paragraphe des Entwurfes nach der Reihenfolge ins Auge faßt und bei jedem constatirt, ob und inwieweit in ihm das geltende Recht durch neues ersetzt sei. Doch weitet sich die Arbeit an verschiedenen Stellen über diese vergleichende Gegenüberstellung aus. Einmal dahin, daß da und dort auch das dem geltenden Jurisdictionsrecht vorausgegangene ältere Recht zur Vergleichung herangezogen wird; zum Anderen in der Richtung, daß der Verfasser einigen Bestimmungen des Entwurfes, die er für unzutreffend hält, seinen (motivirten) Widerspruch entgegensetzt, wodurch die Arbeit auch einen kritischen Einschlag erhält. Wenn der Verfasser für die Landes- und Kreisgerichte bei der völligen Gleichheit ihres Wirkungskreises auch die Gleichheit im Namen verlangt, wenn er ferner für die an die Stelle der städtisch-delegirten Bezirksgerichte tretenden, mit voller (bezirksgerichtlicher)

Digitized by Google

Jurisdiction ausgestatteten neuen Bezirksgerichte inamovible Besetzung begehrt, wenn er ferner für ständige Civilsenate (Jahressenate) an Stelle der im Entwurfe proponirten Wechselsenate eintritt, so drücken diese Wünsche das sachlich Zutreffendere aus und sind dieselben im Entwurfe offenbar nur aus gewissen praktisch-opportunären Erwägungen nicht erfüllt. Ganz beizupflichten ist dem Verfasser, wenn er die Befugnis zur Competenzverrückung im Wege der Delegirung aus der Weite des Zweckmäßigkeitsermessens in die Enge fester Schranken gewiesen haben will und gegen den aufrecht erhaltenen Sondergerichtsstand für Klagen von und gegen Richter das fehlende praktische Bedürfnis betont. Auch seine Antipathie gegen das beibehaltene Gerichtshofsprivilegium des Aerars, der Gemeinden, Kirchen, Besitzer landtäflicher Güter ꝛc. kann man nur theilen; dagegen nicht die Anschauung, daß den Handels- und Berggerichtsbeisitzern aus dem Laienstande ein bloß berathendes Votum zuzutheilen sei. Auf die weiteren kritischen Anregungen (Herabsetzung der bezirksgerichtlichen Competenz von der Werthhöhe 1000 auf die Werthhöhe 500, Befreiung der Gerichtshöfe erster Instanz von der Verlassenschafts-, Vormundschafts-Curatelscompetenz, Aufgebung der Gerichtsstände des Erfüllungsortes und der Widerklage und einiges Andere von minderem Belang) kann im Rahmen dieser Anzeige nicht eingegangen werden.

Innsbruck. Waldner.

2. Horn, Dr. A., Zur deutschen Civilproceß-Reform. Mannheim, J. Bensheimer, 1894. 31 S.

Der Verfasser hat schon früher in mehreren Aufsätzen in den Badischen Annalen und dann zusammenfassend in seiner Schrift „Zur Reform des Civilprocesses", 1893, mehrere Vorschläge zur Ermöglichung einer billigeren und sichereren Civilrechtspflege gemacht. Sie haben heute angesichts der im Gange befindlichen deutschen Revisionsarbeiten ein besonderes Interesse und verdienen die ernsteste Berücksichtigung, wie ja auch schon die früheren Ar-

Digitized by Google

beiten des Verfassers als beachtenswerth in der Kritik bezeichnet wurden (vgl. in dieser Zeitschrift die Besprechung von Kleinfeller in Bd. 36 S. 110 fg.).

Die vorliegende Schrift des Verf. will die praktische Durchführbarkeit seiner Vorschläge darlegen; er sucht zu zeigen, in welcher Weise seine Reformideen in Anlehnung an die CPrO. und das GVG. auszugestalten wären.

Das Interesse an den Horn'schen Ideen, nicht aber ihre Bedeutung wird dadurch vermindert, daß das, was der Verf. will, im Wesentlichen im österreichischen Entwurf sich wiederfindet und auch, mit geringen Modificationen, von dem Permanenzausschuß angenommen wurde, so daß seine gesetzgeberische Verwirklichung als sehr wahrscheinlich angenommen werden muß.

Unseren vollen Beifall findet der Vorschlag eines, ohne Anwaltszwang sich vollziehenden Vorverfahrens vor einem Mitglied der Civilkammer[1]) als beauftragten Richter mit dem Zweck, entweder zu constatiren, daß es zum Streite kommt, oder die Sache durch Versäumnisurtheil oder gütliche Einigung der Parteien zu erledigen, Ebenso wird es viel Zeit und unnöthige Kosten ersparen, wenn der Vorsitzende bezw. der Iudex deputatus eine von vornherein als unbegründet erscheinende oder ungehörig oder unzulässig erhobene Klage a limine zurückweisen kann, falls der etwaigen Aufforderung zur Verbesserung der Mängel nicht erfolgreich nachgekommen wird. Dagegen beruht es auf einer irrigen theoretischen und geschichtlichen Auffassung und ist vom praktischen Gesichtspunkt aus nicht acceptabel, wenn der Verf. im Gegensatz zum österreichischen Entwurf in der Einleitung dieses Verfahrens nur eine Klaganmeldung, nicht die Klage sehen will, vielmehr Klag-

[1]) Das Vorverfahren soll nach den Vorschlägen des österr. Permanenzausschusses in Sachen von 500—1000 fl. dem Bezirksgericht überwiesen werden, so daß die Sache erst, wenn sie streitig wird, an den Gerichtshof übergeht. Dieser Vorschlag hat Manches für sich, wird aber von Horn mit Recht nicht übernommen.

Digitized by Google

erhebung mit den Folgen der Rechtshängigkeit (§ 235 CPrO.) erst dann eintreten läßt, „wenn der Richter mit den Worten »der Rechtsstreit ist eröffnet« die Litisconteſtation conſtatirte“ (S. 11, 20). Ebenſo erſcheint als unzweckmäßig und höchſt complicirt die Art, wie der Verf. für den Fall der Verſäumung des erſten Termins durch den Beklagten das Verſäumnisverfahren conſtruiren will. Es iſt kein Grund einzuſehen, weshalb nicht dem Commiſſar auch bei Säumnis des Beklagten die Erledigung der Sache durch Verſäumnisurtheil in allen Fällen überlaſſen werden ſollte.

Im Gegenſatz zum öſterreichiſchen Entwurf, in dem das vorbereitende Verfahren vor dem beauftragten Richter nur als Regel erſcheint, will der Verfaſſer es in allen Fällen des landgerichtlichen Verfahrens obligatoriſch machen. Ein weiterer Unterſchied iſt der, daß nach den Horn'ſchen Vorſchlägen es zuläſſig und nur mit Koſten- und Strafnachtheilen verbunden iſt, nach Abſchluß des vorbereitenden Verfahrens noch in der Hauptverhandlung vor der Kammer Rechtsbehelfe und Beweismittel nachzubringen. So geſtaltet ſich das vorbereitende Verfahren, falls es nicht in Erklärungen zu Protokoll, ſondern in dem von dem Deputatus wohl meiſtens anzuordnenden Wechſel von Schriftſätzen ſich vollzieht, gegenüber dem bisherigen Verfahren nur inſofern anders, als der Schriftenwechſel in Friſten, die von dem Richter angeſetzt werden, geſchehen muß. Dieſer Vorſchlag erſcheint als ein glücklicher Mittelweg zwiſchen unſerem jetzigen, zu fortwährenden Terminsverlegungen führenden Verfahren und den Vorſchlägen des öſterreichiſchen Entwurfes, die in gleicher Weiſe von Bähr (Z. für Civilpr. Bd. 19) und Wach (Vortrag über „Die Mündlichkeit im öſterreichiſchen Entwurf“) bekämpft ſind.

Zur Charakteriſtik der Vorſchläge des Verf. in ihren Einzelheiten ſei nur noch hervorgehoben, daß ſie dem Verfahren eine außerordentliche Beweglichkeit geben und damit die Möglichkeit ſchaffen, nach Verſchiedenheit der Lage die Behandlung des einzelnen Prozeſſes zu individualiſiren. Auf die Details, bezüglich

Digitized by Google

deren mancher Widerspruch zu erheben wäre, kann hier nicht eingegangen werden, zumal sie vielfach mehr angedeutet, als ausgeführt und begründet sind.

Schon die Aussicht auf eine Ersparnis an Richterpersonal wird hoffentlich die maßgebenden Kreise veranlassen, den Horn'schen Vorschlägen volle Beachtung zu widmen. Sie verdienen sie um so mehr, als der Verf. so unbefangen ist, daß er, selbst Rechtsanwalt, auch die Wege zeigt, auf denen für weite Kreise unseres schwerbelasteten Volkes wegen des empfohlenen und sehr wohl möglichen theilweisen Wegfalls des Anwaltszwangs eine wesentliche Verminderung der Prozeßkosten erzielt werden kann.

Gelegentlich der Korrektur wird die inzwischen erfolgte Annahme des österreichischen Entwurfes Seitens des Reichsraths constatirt.

Erlangen, April 1895. Hellwig.

3. Wagner, A., Vorschläge zur Umgestaltung der Reichsjustizgesetze von 1879. Berlin, C. Heymanns Verlag. 1895. 26 S.

Im Gegensatz zu der eben besprochenen Schrift von Horn beschäftigt der Verf. sich nicht mit Vorschlägen, die unseren Prozeß in seinen Grundprincipien umgestalten sollen, sondern er macht auf Mißstände und Lücken aufmerksam, die lediglich einzelne Bestimmungen der Justizgesetze betreffen. Bezüglich der Einzelheiten sei auf die kleine Schrift verwiesen. Wir beschränken uns auf die Bemerkung, daß der Verf. offenbar ein denkender, erfahrener und vorurtheilsloser Praktiker ist. Er gehört zu der nicht großen Zahl von Rechtsanwälten, die nicht nur die Gerichtskosten, sondern auch die Anwaltsgebühren zum Theil als übermäßig hoch und reformbedürftig bezeichnen. Interessant ist es, daß der Verf. die Werthlosigkeit des auf Thatbestandsberichtigung gerichteten Verfahrens bestätigt und bezeugt, daß nach seiner Erfahrung von den Vorschriften des § 461 nnd 702 N. 5 der CPO. zumeist nur zur Verwirklichung unlauterer Absichten Gebrauch gemacht wird.

Hellwig.

Digitized by Google

V.

Strafrecht.

1. Krauß, F. A. Karl, Anstaltsgeistlicher am Großh. Landesgefängnis in Freiburg i. B., Im Kerker vor und nach Christus. Schatten und Licht aus dem profanen und kirchlichen Kultur- und Rechtsleben vergangener Zeiten. Freiburg 1895. Weber (Siebeck). br. M. 6.—, geb M. 7.50.

Das umfängliche und stoffreiche Werk des in der Gefängnisliteratur schon seit Langem bekannten und anerkannten Verfassers schildert den Einfluß der christlichen und speciell der katholischen Kirche auf die Entwicklung der Gefängnisse und zwar unterschiedslos der Untersuchungs-, Schuld- und Strafgefängnisse. Es verzichtet jedoch freiwillig und bewußt darauf, diese Beziehungen des Christenthums und seiner einzelnen Vertreter zu einem geschlossenen Bild zu verarbeiten, bietet seinen Stoff vielmehr in einem losen Gefüge von „kulturgeschichtlichen und strafrechtlichen Specialstudien" (p. III) und spiegelt so auch in seiner jetzigen Gestalt noch den Verlauf seiner allmählichen Entstehung wieder. Der jetzt das 2. Buch bildende Abschnitt: „die Gefangenen (d. s. die der weltlichen Justiz) unter dem Christenthum" ist nämlich ursprünglich zuerst und zwar schon früher in selbständiger Ausgabe veröffentlicht worden und erst später sind das 1. Buch („die Gefängnisse der Alten") und das 3. („die Gefängnisse der Kirche") hinzugekommen.

Insoweit die Schrift ihre Aufgabe in der oben angegebenen Weise selbst beschränkt hat, erfüllt sie dieselbe in erfreulicher Ausgiebigkeit. Sie enthält eine lange Reihe Schilderungen, die von behaglicher Breite und leicht lesbar geschrieben sind, von einer großen

Digitized by Google

Belesenheit in antiken Schriftstellern, Kirchenvätern, Papstbriefen, biographischer Literatur u. a. m. zeugen und das gesammelte Material übersichtlich gruppiren. Der Ton ist frisch und herzlich, die läuternde und mildernde Mission des Christenthums in der Gestaltung des Apparats der Rechtspflege wird mit warmem Eifer betont, ohne daß irgendwie Schwächen vertuscht oder einseitig verherrlichende Tendenzen in den Vordergrund gerückt würden. Ein allgemein leitender Gedanke, ein eigentliches Beweisthema wird nicht aufgestellt, die Einzelheiten beherrschen das Ganze und es ist ein wesentlich erzählendes Element und Talent, das ihm seinen Stempel gibt.

In solcher Art vorgehend, stellt der Verfasser im ersten Buche das zusammen, was uns die Quellen über die Behandlung der Staats-, Schuld-, Kriegsgefangenen bei Indern, Assyrern, Babyloniern, Persern, Aegyptern, Juden, Griechen und Römern bieten und erbringt durch diese nicht sehr ausgiebigen Aeußerungen, die noch beschränkter ausgefallen wären, wenn nicht Anekdötchen antiker Historiographen und die Legenden der 5 Bücher Mosis gar zu wenig von den Ueberlieferungen kritikfester Schriftsteller gesondert würden, einen weiteren Beleg für die Thatsache, daß eine Freiheitsstrafe im modernen Sinn in dem alten Gemeinwesen nicht existirt hat. Diesen Schilderungen vorausgeschickt ist eine Abhandlung über das Gefängnis bei den Chinesen, dessen Greuel in den schwärzesten Farben gemalt werden, — im Gesammtrahmen etwas unmotivirt, da der Rückschluß des Verfassers von der heutigen Zeit auf die Zeit vor der Berührung Chinas mit den europäischen Culturnationen (S. 4) um so bedenklicher erscheint, als in den älteren Rechtsaufzeichnungen das Gefängnis unter den Strafarten nicht aufgezählt wird (S. 5).

Das zweite Buch behandelt sodann die amtliche Liebesthätigkeit der älteren christlichen Kirche an Glaubensgefangenen, Kriegsgefangenen, Schuldgefangenen und verbrecherischen Gefangenen, und bringt besonders hinsichtlich der letzteren sehr interessante Nach-

Digitized by Google

richten über die bischöfliche Intercession zur Abwendung von Blut-urtheilen in der römischen Kaiserzeit bei (S. 109—125), sowie über den officiellen Einfluß der Kirche auf die Behandlung der Gefangenen, der sich hauptsächlich auf Bekleidung und Beköstigung der Gefangenen erstreckt (S. 125 ff.). Die zweite Abtheilung enthält eine Reihe einzelner Aufsätze über die freiwillige Liebesthätigkeit auf demselben Gebiet. Sie gibt im Zusammenhang Auskunft über die religiösen Genossen- und Bruderschaften, die sich im Schooße der katholischen Kirche zu Gunsten der Gefangenen gebildet, die Trinitarier und Nolasker zum Loskauf der Gefangenen der Ungläubigen (S. 150) und die seelsorgerischen Verbände, die sich — vorwiegend in Italien — dem Wohle der Verbrecher widmeten (S. 156). Hieran schließt sie nach einem Excurs über den Ursprung der modernen Strafanstalten (S. 161) anziehende biographische Skizzen über die Einzelpersönlichkeiten, die, wie vor Allem Paulinus von Nola, Karl Borromäus, Johannes der Sünder, Friedrich von Spee u. A. in der Verbesserung des Schicksals der Gefangenen und Verbrecher ihre Mission erblickten.

Das dritte Buch endlich verbreitet sich sehr eingehend über die Gefängnisse der Kirche, ihre Geschichte und Einrichtung, in der dreifachen Anwendbarkeit gegen Klostergeistliche, Weltgeistliche und Laien (S. 192—347) — mit Beziehung auf letztere insbesondere über die kirchlichen Inquisitionsgefängnisse. Hier weist der Verf. besonders auf die — in der That noch zu wenig beachtete und sehr beachtenswerthe — Thatsache hin, wie die Einrichtung des Klosters als solche bereits dem Gedanken der Internirung, der zucht- oder strafweisen Freiheitsbeschränkung Vorschub leisten mußte. Zwar gibt bei den Disciplinarmaßregeln und Bußübungen, deren der Einsperrung ähnliche Gestalt der Verf. aus den früheren Jahrhunderten des Klosterlebens hervorhebt, wohl nicht die Freiheitsentziehung das Hauptmoment ab, sondern die damit verbundene Zwangsarbeit, Separation von den übrigen Klosterbrüdern.[1])

[1]) Vergl. die Zitate des Verf. S. 196, 197.

Digitized by Google

Zwar ist in vielen Fällen, die der Verf. als Fälle der Freiheitsstrafe anführt, die Einsperrung weit eher eine Vorsichtsmaßregel zur Erhaltung der Klosterordnung oder ein Zwangsmittel zur Beugung renitenten Willens nach Art der Schuldhaft.[1]) Aber man wird dem Verf. Recht geben dürfen, wenn er meint, daß die kirchliche Bußdisciplin wesentlich dazu beigetragen hat, um die Grenzen zwischen Untersuchungsgefängnis und Zwangshaft einerseits und einer auf Vergeltung oder Besserung des Verbrechers hinarbeitenden Haft zu verwischen und so dem Eindringen einer eigentlichen Strafhaft den Boden zu ebnen, die im Alterthum — wie schon oben hervorgehoben — sich anscheinend nie recht hat entwickeln wollen und erst seit dem späteren Mittelalter reichlicher in Uebung kam, um dann seit dem Ende des 16. Jahrhunderts im Verein mit dem polizeilichen Bedürfnis der Sicherung der Gesellschaft vor zuchtlosen Personen zur Ausbildung des modernen Zuchthauses zu führen. Hierdurch gewinnen die folgenden Schilderungen des Verf. an Interesse. Sie erstrecken sich detailirt auf die Einrichtung der Klosterkerker und auf die Behandlung der Klostergefangenen und kehren dabei die nach Art, Zeit und maßgebenden Personen sehr stark wechselnden Zustände hervor, einerseits manche Versuche zu einer zwar strengen, aber doch die Oberen generell bindenden Regelung, andererseits grobe Ausschreitungen persönlicher Willkür, wie sie vor Allem die Vade-in-pace-Kerker zur Unschädlichmachung unbequemer Klosterbrüder im späteren Mittelalter (S. 207) und in drastischer Weise ein unterirdischer Käfig eines Kapuzinerklosters Ende des vorigen

[1]) So vor allem gerade in den beiden Dekretalen, die der Verf. als gesetzliche Sanktion des Klostergefängnisses als Kirchenstrafe anführt; — c. 24. X. 3, 31. (Gregor IX.), wonach die Klostervorstände die entlaufenen oder verstoßenen Mönche, wenn die Ordensregel es gestattet, wieder aufnehmen oder, falls dies nicht angängig, sie in *separirtem Raume verwahren* sollen, **bis sie ihre Buße absolvirt** und c. 5. X. 5, 9 (Honorius III), wonach die Apostaten so lange in strengem Gewahrsam gehalten werden sollen, „bis sie ihren Starrsinn aufgeben" und die Mönchskleidung wieder annehmen (S. 200). Nachträglich macht der Verf. (S. 207) selbst diese Unterscheidung.

Digitized by Google

Jahrhunderts (S. 218) versinnlichen. Aehnlich zweifarbige Bilder bieten die Untersuchungen über das kirchliche Gefängnis für Weltgeistliche (S. 251).

Man sieht, die Schrift eröffnet mannichfache und unbefangene Einblicke.

Auf der anderen Seite kann nun freilich gegenüber den Vorzügen, die die zahlreichen Schilderungen im Einzelnen bieten, der Mangel des Werks nicht verschwiegen werden, der demselben infolge seiner Gesammtanlage anhaftet. Er ist darin begründet, daß bei der Auflösung der Darstellung in einzelne getrennte Kapitel unaufgeklärt bleibt, in welchem Verhältnisse die Einwirkungen christlicher Gesinnung in Staat und Gesellschaft auf die Gefängnisse zu der allgemeinen Geschichte des Strafrechts, besonders des Strafensystems stehen. Der Einwand liegt hier nahe, der Verf. habe eben nicht beabsichtigt, dies darzustellen. Aber dem wäre zu entgegnen, daß eine solche Beschränkung der Aufgabe nicht durchführbar war, daß das Thema die Umgehung der breiteren historischen Basis nicht gestattete. Denn in der That hat sich die Umgehung an den Einzeldarstellungen gerächt und mußte sich daran rächen.

1. Einmal wird durch die gerügte Betrachtungsweise die Würdigung der zu den verschiedenen Zeiten sich geltend machenden Arten und Formen der kirchlichen Liebesthätigkeiten und Milderungsbestrebungen sehr beeinträchtigt. Der Verf. schätzt dieselben wesentlich gleichwerthig ab. Er betrachtet sie als lobenswerthe Ausflüsse einer und derselben menschenfreundlichen Gesinnung. Aber dabei übersieht er, daß sie je nach der Zeit und den Umständen, in der, bezw. unter denen sie auftreten, eine sehr verschiedene Bedeutung haben und deshalb auch verschiedene Taxation verdienen. Wenn z. B. S. 90 ff. die Verpflegung der Glaubens- oder Kriegsgefangenen durch freie Gemeindethätigkeit gerühmt wird, so ist das gegenüber der Wirksamkeit einer rein menschlichen selbstlosen Liebe, wie sie die älteste Zeit der christlichen Kirche in so reichem Maße

Digitized by Google

hervorbrachte, ganz in der Ordnung. Wenn aber kurz darauf S. 109 das kirchliche Interceſſionsrecht, d. h. das in der ſpäteren Kaiſerzeit nach dem Vorgang des Auguſtin oder Ambroſius von den Biſchöfen in Anſpruch genommene Recht, ſchwere Verbrecher, wie Mörder und Räuber, der ſtaatlichen Todesſtrafe oder auch dem Kerker durch Aufbietung der kirchlichen Autorität zu entziehen, — wenn dieſes angebliche Recht in ähnlicher Weiſe beurtheilt wird, ſo entſpricht das keineswegs dem Maßſtab, mit dem den Zeitverhältniſſen nach dieſe Erſcheinungen gemeſſen werden ſollten. Der Verf. ſagt zwar mit Recht, daß die biſchöfliche Interceſſion bezweckt habe, den Verbrecher unter die Bußdisciplin der Kirche zu ſtellen (S. 120), daß man alſo an Stelle der einmaligen radicalen Abſtrafung des Verbrechers die ſyſtematiſche Züchtigung und Peinigung des Thäters habe treten laſſen wollen, wie ſie die kirchlichen Zwangsmittel damals und auf lange hinaus allein ermöglichten. Aber es iſt ſchwerlich richtig, daß dies — wie der Verf. ſagt — der „letzte und eigentliche Zweck“ der Interceſſion geweſen ſei. Nicht darauf oder mindeſtens nicht nur darauf kam es der Geiſtlichkeit an, „die weltliche Strafgerichtsbarkeit in die Ordnung der Gnade zu verſetzen“, die Sünder zu beſſern oder ihre Seele für die Ewigkeit zu retten, — wenn auch gewiß einzelne idealiſtiſche Vertreter der Kirche hierauf ihr Hauptaugenmerk richten mochten, — ſondern die allgemeine Tendenz, die der geſammten Uebung Anerkennung und fortgeſetzte Geltung verſchaffte, war für die unbefangene Betrachtung zweifellos eine hierarchiſche. Auch die Interceſſion war ein Ausfluß der theokratiſchen Idee, deren Bethätigung die Grenzen zwiſchen der erzieheriſchen Miſſion der Kirche und der Zwangsgewalt des unentwickelten Staats, zwiſchen der Förderung der individuellen Vollkommenheit und der Erhaltung der gemeinſamen äußeren Ordnung verwiſchte und ſo das Gefüge des antiken Staats zerſetzte, wie ſie ſpäter das Heranreifen der germaniſch-romaniſchen Staaten lähmte und hemmte bis zu der Zeit, da der abſolute Staat die Kraft fand, ſich von ihr zu emancipiren. Und eben deshalb bildet

Digitized by Google

die Interceſſion nicht eine Schöpfung, das die römiſche Strafjuſtiz veredelte, ſondern ein Ferment, das ihre Auflöſung mitverſchuldete. Bei allen Mängeln war das Strafrecht der Kaiſer im Zeitalter der Severe dem Ideal jedes Rechtsgebietes, der Herrſchaft feſter, gleichmäßiger Grundſätze über Verbrechen und Strafen, näher gekommen als je zuvor in republikaniſcher Zeit; — die Interceſſion dagegen gehörte mit zu den Kräften, die dieſe gedeihliche Fortentwicklung zum Stocken brachten und innerhalb des gelockerten Staats der Grundſatzloſigkeit neuen Vorſchub leiſteten. Und ebenſo hat ſie ſpäter in der Periode der mittelalterlich-germaniſchen Cultur in den neuaufſtrebenden Staaten die Bethätigung der Strafgewalt verzögert. Eine Läuterung und Verbeſſerung des ſtaatlichen Strafrechts war nur unter Wahrung und Anerkennung ſeines Herrſchaftsbeſtandes möglich, wie ſie im modernen Staat zur Thatſache geworden iſt, — nicht durch Eindrängen fremdartiger Gewalten.

2. Aber auch an dieſem letzteren Punkte, — wo es gilt, den Einfluß der Kirche auf die moderne Strafenreform des Staats feſtzuſtellen — macht ſich die Vernachläſſigung der allgemeinen Strafrechtsgeſchichte bemerklich. Hier vertritt der Verf. eine Lieblingsidee, — die nämlich, daß das 1703 von Clemens XI. gegründete Gefängnis zu San Michele in Rom die erſte moderne Strafanſtalt dargeſtellt habe (S. 161 ff. und Anm. 88 ff.). Während alle übrigen Gefängniſſe in Europa damals „Schulen des Verbrechens" geweſen, verſumpft in der bekannten Lotterwirthſchaft einer Gemeinſchaftshaft aller Geſchlechter, Lebensalter und Verbrecherſtufen, wie ſie Howard ſpäter an's Licht gezogen, hätte in S. Michele die „Reform des Zuchtweſens" begonnen. Erſt von hier habe das Zuchthaus von Gent ſeine Einrichtungen entlehnt, in Gent habe ſie Howard kennen gelernt, und von dort ſeien ſie nach Amerika übertragen worden. Auch dieſe Behauptungen ſind durch vorgefaßte Meinungen diktirt. Es iſt nicht richtig, daß den weſteuropäiſchen Gefängniſſen gleich bei ihrer Entſtehung eine rohe Vernachläſſigung der internirten Individuen die typiſche Signatur gegeben habe. Die

Digitized by Google

Tendenz auf ernste Arbeitszucht, ja auch auf sittliche und religiöse Hebung und Förderung der Häftlinge war von Anfang an die Beigabe des Instituts, von der Idee seiner Begründung unzertrennlich und eben deshalb nicht an einen bestimmten Ort und an eine einzelne Person gebunden. Nicht als Quelle dieser Anschauungen, wohl aber als klarredendes Beispiel kann die Fundation des Hamburger Zuchthauses von 1622 zur Veranschaulichung der gesammten Institution verwendet werden. Wenn uns dieses Haus als ein wohldurchdachtes und vorzüglich ausgeführtes Gebäude geschildert wird, mit luft- und lichtreichen Räumen für gemeinsame Haft, Schlafzellen und Einzelzellen zur Isolirung bei Tag und Nacht, mit großen Fenstern, Oefen und canalisirten Closets[1]), — wenn wir in der Hausordnung von 1622 die strenge Regelung der Arbeits-, Gebets-, Speise-Zeiten, des Unterrichts, der Reinigung der Häftlinge und des Hauses vorgeschrieben finden[2]), dann werden wir nicht, wie es der Verf. thut, über derartige Schöpfungen mit einer geringschätzenden Bemerkung hinweggehen dürfen[3]), sondern gestehen müssen, daß hier und an anderen Orten

[1]) Streng, Geschichte der Gefängnisverwaltung in Hamburg. 1890. S. 26. (Dem Verf. scheint diese Publikation unbekannt zu sein.)

[2]) A. a. O. S. 173 abgedruckt. Vgl. besonders S. 180. „Von deren Institution und Unterricht". Ich hebe folgendes daraus hervor. 1. Betstunde am Sonntag von 7—8 Uhr. 2. Am Werktage Aufstehen auf Glockenzeichen und Morgenfegen. 3. Abendmahl 2 Mal des Jahres. 4. Beten bei der Mahlzeit ꝛc. 9. „Die Züchtlinge, wann ihre Arbeit verfertiget, abgewogen und abgemessen, sollen sie Feierabend haben und ihr Werkhaus und Koyen sauber fegen und kehren. S. 185. „Vom Schulmeister". — Es soll auch der Schulmeister samt seiner Frauen täglich und stets auf den Werkstuben sich finden lassen und gute Disciplin, Furcht und Gehorsam halten" — ꝛc.

[3]) S. 363. „Schon im Jahre 1622 eröffnete der Rath in Hamburg ein Werk- und Zuchthaus, worin durch Arbeiten, Gottesdienst und Seelsorge — die Besserung der Insassen erstrebt werden sollte. Selbst Koyen zur Isolirung besserer Elemente waren darin hergerichtet. Wenn man indessen weiter liest (wo?) wie es — in diesem „Werk- und Zuchthause" ausgesehen hat und hergegangen ist, und damit die oben beschriebene Musteranstalt S. Michele vergleicht, — so wird — Clemens XI. immerhin doch als erster Einführer eines Systems angesehen werden dürfen und müssen."

Digitized by Google

eine nicht weniger gereifte Anschauung über die Aufgabe der Zuchthäuser bestand wie im päpstlichen Rom, und dies volle hundert Jahre vor der Begründung von S. Michele. Der Verf. hat sich eben zu seiner Behauptung durch eine doppelte Verwechslung verleiten lassen. Einmal hat er kurzer Hand die Tendenz der bessernden und erziehenden Fürsorge im Gefängnis mit der durchgeführten Isolirung oder gar dem Schweigezwang identificirt, während diese Maßnahmen, die — an die klösterliche Zucht anknüpfend und gerade für Jugendliche besonders angemessen und aussichtsreich — in der That in S. Michele zuerst mit besonderer Nachdrücklichkeit durchgeführt gewesen sein mögen, doch nur eine besondere Zuspitzung der pönitentiären Behandlung des Verbrechers darstellen und nur einen quantitativen, keineswegs einen qualitativen Gegensatz gegen die Einrichtungen z. B. des Hamburger Zuchthauses bedeuten. Außerdem aber hat der Verf. verkannt, daß der von Howard aufgedeckte Zustand der Gefängnisverwahrlosung keineswegs der ursprüngliche Zustand der Gefängnisse war, sondern eine nachträgliche mißbräuchliche Verrottung der an sich segensreich angelegten Institution, wie solche besonders durch die Ueberfüllung der disponiblen Häuser und durch die Unzulänglichkeit der Mittel herbeigeführt worden war. Es ist also die Einstellung falscher Vergleichsfactoren, die den Verf. zu unrichtiger Schätzung der von ihm behandelten Erscheinungen führt, m. a. W. auch hier die unzulängliche cultur- und rechtshistorische Untergründung seines Berichts, hier insbesondere in der Form des dem Rechtshistoriker oft begegnenden und im Laienkreise weit verbreiteten Irrtums, den Werth oder Unwerth einer Rechtseinrichtung nach der Verzerrung zu kritisiren, die sie unter besonderen Umständen und zu bestimmten Zeitpunkten erlitten hat. Es wäre höchst unbillig und kurzsichtig, wenn man z. B. die Folter, die in den italienischen Städten des 13. Jhdt. in fester rechtlicher Umgrenzung, in maßvoller Anwendung, als ein kraftvoller Hebel des erstmaligen thatkräftigen Einschreitens der Justiz gegen das Gewerbsverbrecherthum geschaffen wurde, nach dem widerwärtigen Mißbrauch derselben in

Digitized by Google

den deutschen Hexenverfolgungen beurtheilen wollte. Aehnlich aber sind die Gedankengänge, in denen sich der Verf. sein Bild von den älteren Gefängnissen und danach seinen Werthmesser für die Thätigkeit der katholischen Kirche schafft.

Die bezeichneten Punkte sind beispielsweise hervorgehoben. Aber man sieht ohne Mühe, daß diese Ueberschätzungen einerseits, die unrichtigen Schätzungen, wie in der Frage des Intercessionsrechts, andererseits, zu denen dem Verf. die nicht genügend motivirte Einschränkung seiner Aufgabe verleitet, auch die Gesammt-Wirkung und die Beweiskraft seiner sonst so verdienstvollen und im Grundgedanken gesunden Schrift abschwächt und zwar gerade im Hauptpunkte. Indem er vorwiegend nur die Thätigkeit der organisirten Anstalt der katholischen Christenheit, die Thätigkeit der römischen Kirche und ihrer Beamten, ihrer Klöster und Congregationen schildert, indem er diese mit dem christlichen Gedanken gewissermaßen identificirt und schildert, wie die Kirche zu manchen Zeiten mildernd und segensreich, zu anderen Zeiten grausam und brutal in die Strafrechtspflege eingegriffen hat, beschneidet er dem christlichen Geiste die ihm als einem selbständigen Entwicklungsfactor gebührende Anerkennung, anstatt sie zu fördern. Er legt feindlich Gesinnten Anschauungen nahe, die ihm selbst ganz gewiß am allerfernsten liegen, — die Anschauung, als sei die christliche Kirche nur das dienende Werkzeug in der Hand fremder, stärkerer Mächte, die durch sie ihre je nach den Zeitverhältnissen humanen oder verrohenden Einflüsse auf die Strafrechtspflege, bezw. auf das Gefängniswesen geübt hätten. Wie dringend diese Gefahr des Mißverständnisses ist, zeigt recht anschaulich z. B. die ultima ratio, zu der ein (anonymer) Recensent des Buches in einem gelesenen Tagesblatt gelangt.[1]) Dasselbe „zeigt überall", heißt es dort, „daß die Kirche nur solange mild war, als der Geist der antiken Philosophie in ihr lebte und daß sie erst wieder mild wurde, als die moderne Zeit und der

[1]) Frankfurter Zeitung vom 28. Mai d. Js.

Digitized by Google

moderne Staat sie dazu zwang. — Der unabhängige Geschichtsschreiber und Menschenfreund muß sich die Frage stellen: Welchen Kulturwerth mag wohl eine Einrichtung haben, die roh ist mit den Rohen und sich nur dann humanisirt, wenn sie durch Umstände, die von außen auf sie wirken, dazu genöthigt wird?"

In der That hat die Krauß'sche Schrift nicht genug gethan, um solchen Urtheilen, wie sie hier die kindliche Unreife eines oberflächlichen Feuilletonisten producirt, hinlänglich vorzubeugen. Er hat versäumt, die Frage in der allein richtigen erweiterten Form zu stellen: was verdankt das Gefängniswesen dem christlichen Geist? Auf sie hätte er rückhaltlos die Antwort formuliren können, daß er auf dem Gebiet des Gefängniswesens die principaliter treibende Kraft gewesen ohne Rücksicht auf die Schwankungen, in denen die Kirche bei dessen Behandlung sich bewegte, und ohne in Gefahr einer falschen Würdigung oder wenigstens Ueberschätzung der Thätigkeit der Kirche zu gerathen. Das Streben nach äußerer Pflege und geistiger Schonung und Veredelung der Gefängnisinsassen ist vorhanden mit dem Offenbarwerden der christlichen Heilswahrheiten, aber sie ist auch erst von diesem Zeitpunkte an vorhanden, dem Alterthum ist sie fremd. Nicht der in der älteren Gemeinde lebendige Geist „antiker Philosophie", wie jener Recensent meint, sondern die durch die christliche Erlösungslehre erst erschlossene Erkenntnis von dem absoluten Werth der menschlichen Einzelseele und die christliche Forderung hingebender Opferwilligkeit gegenüber jedem Mitmenschen schlechthin, auch dem geringen und gefallenen, sind die logisch nicht wegzudenkenden Prämissen für eine humanitär-individuelle Beschäftigung mit den Gefangenen. Nur freilich durfte man nicht erwarten, daß die praktische Verwirklichung dieser Bestrebungen schon in früherer Zeit von officieller Seite in Angriff genommen werde. Der Staat konnte dies nicht leisten, weil er nur durch das Medium der Herrschenden oder gar der großen Massen des Volks den christlichen Ideen dienstbar gemacht werden konnte, — ein Ergebnis, das schon am römischen Staat und

Digitized by Google

noch weit mehr an den neugebildeten Staaten der Völkerwanderung nur durch einen allmählichen, Jahrhunderte währenden Berieselungsprozeß angebahnt und erzielt werden konnte. Die Kirche aber konnte es ebensowenig, weil sie als solche der Strafjustiz fernstand und durch ihre Thätigkeit der staatlichen Strafgewalt allenfalls nur Konkurrenz machen, nicht sie bessern konnte — ein Verhältnis, auf dessen Verkennung des Verfassers unrichtige Vorstellung des Intercessionsrechts beruht, — ganz abgesehen davon, daß auch in der Kirche nicht zu allen Zeiten die herrschenden Elemente gleichzeitig die christlichsten waren. So konnte das neue Kapital auf lange hinaus nur in der Thätigkeit einzelner Gemeindeglieder, einzelner Kirchenbeamten Zinsen tragen und ein Eingreifen der politischen Organismen war erst von dem Zeitpunkte an denkbar, wo vermöge dieser individuellen Thätigkeit die christlichen Forderungen soweit in die öffentliche Meinung und damit in die Meinung der Herrschenden eingesickert waren, daß sie, wie auf anderen Gebieten, so auch hier, sich in dauernden socialen Einrichtungen niederschlagen konnten. Von diesem Zeitpunkt ab aber haben sie in der That ihre Wirkung geäußert unabhängig von philosophischer Verstandesbildung. Nicht an Centren besonders fortgeschrittener Ausbildung des Intellekts knüpft sich die Begründung der Gefängnisse und des in Wahrheit von Anfang an mit ihnen unzertrennlichen Strebens nach Vervollkommnung und Schonung der Gefangenen, sondern an Individuen und Personenkreise von lebhafter Empfindungswärme, wie sie in christlicher Schule erworben war, an die hamburgischen und flandrischen Philanthropen und an den Londoner Puritanersohn Howard, an die Quäkersekte und an menschenfreundliche Träger der Papstkrone. So lehrt gerade die Geschichte der Gefängnisse ganz besonders deutlich das Entwicklungsmoment erkennen, das der Civilisation des mittelalterlichen und modernen Westeuropas im Gegensatz zum Kulturleben der Antike eigenthümlich ist. Sie fördert das Verständnis dafür, daß insbesondere für die Schöpfungen des modernen politischen und socialen Lebens nicht eine gegen das Alterthum nur

Digitized by Google

quantitativ gesteigerte Verstandesaufklärung, eine rationalisirte Humanitätsidee die wesentliche evolutionistische Kraft gewesen ist, sondern eine qualitativ andere, eigenartige Empfindungsweise, eben das christliche Element, dessen Bedeutung für die westeuropäische Entwicklungsgeschichte sich gerade jetzt erfreulicherweise mehr und mehr zu klären beginnt.[1])

Diese oder ähnliche Gedanken sind es, die man nach dem Titel in der Schrift des Verfassers ausgeführt zu finden erwartet hätte. Der Verf. führt sie nicht aus, und wird es deshalb der Kritik nicht verargen dürfen, wenn sie in diesen grundsätzlich wichtigen Punkten auf eine Ergänzung seiner Schilderung dringt. Ist doch die Ausstellung, die damit gegen seine Schrift erhoben wird, keine empfindliche. Nicht, daß er auf falschem Wege gegangen ist, wird darin gerügt, sondern daß er auf seinem Wege nicht weit genug gegangen ist. Und eben deshalb wird durch die vorangegangene Polemik der Werth des besprochenen Buchs nicht herabgesetzt. Gerade für jene Erscheinung des allmählichen Einsickerns des christlichen Mitleids für Gefangene in die westliche Civilisation, in welchem der Ausgangspunkt für die moderne Gestaltung der Strafe lag, bietet es werthvolles Material. Eine so eingehende und liebevolle Zusammenstellung der Schöpfungen, die in Gestalt der Thätigkeit Einzelner oder freien Vereine allmählich die Entstehung einer neuen Funktion des modernen Staats vorbereitet haben, findet sich bisher noch nicht. Vor Allem aber ist die Schrift für den denkenden Leser eine Anregung und ein Sporn, sich auf einem speciellen Lebensgebiete das klar zu legen, was unvollkommen entwickelt und stillschweigend doch immerhin den leitenden Faden

[1]) Einen werthvollen Beitrag zur Förderung dieser Erkenntnis bietet das kürzlich von August Weismann in die deutsche Literatur eingeführte Buch von Benjamin Kidd, soziale Evolution, deutsch von Pfleiderer, 1895, das nach durchaus nüchtern-evolutionistischer Methode die gestaltende Einwirkung der Religion, spez. der christlichen, auf die politische und soziale Gliederung der modernen Zivilisation untersucht und besonders zu dem Pseudoevolutionismus von Friedrich Nietzsche und Gen. ein wohlthuendes Gegenstück bildet.

Digitized by Google

für die Untersuchungen des Verf. abgegeben hat, daß zum Verständnis der Entwicklung der gesellschaftlichen Institutionen des modernen Europa die Person Christi — nicht nur des Sittenlehrers, sondern auch des religiösen Genius — als ein selbstständiger Faktor nicht weggedacht werden kann.

Freiburg.

Richard Schmidt.

2. Finger, A., Compendien des österreichischen Rechtes. Das Strafrecht systematisch dargestellt. Berlin, Heymann. Bd. 1 XIV u. 333 S. 1894; Bd. 2 XII u. 452 S. 1895.

Die Zeit der Vorbereitung eines neuen Strafgesetzbuches für Oesterreich ist der Herausgabe eines Lehrbuches des geltenden österreichischen Strafrechts nicht günstig. Der Verf. hat sich dies zwar nicht verhehlt, ließ sich jedoch mehr von dem Bedürfnis der Gegenwart als von problematischen Hoffnungen für die Zukunft leiten, und das bisherige Schicksal des Entwurfes hat ihm Recht gegeben. Sein Werk ist auch nach Inhalt und Form geeignet, dem Bedürfnis der studirenden Jugend zu genügen, obgleich noch Manches besser gemacht werden kann.

Die Darstellung beschränkt sich, von der Einleitung und gelegentlichen Bemerkungen über die Geschichte des österreichischen Strafrechts abgesehen, auf das geltende Recht unter Berücksichtigung der hauptsächlichsten Nebengesetze. Sie ist durch Klarheit und Einfachheit der Sprache sowie durch das Fernhalten überflüssiger Einzelnheiten durchweg dem Standpunkte des Anfängers angemessen. Das Werk beruht, wie im Vorwort zu beiden Bänden betont wird, hinsichtlich des Systems und der Grundanschauungen vielfach auf den Lehren Binding's, welchem F. seine Arbeit gewidmet hat. Neben der österreichischen ist auch die deutsche Literatur und Rechtsprechung berücksichtigt. In allen wichtigeren Fragen war Verf. bemüht, über den Stand der Meinungen zu orientiren und

Digitized by Google

seine eigene Ansicht nicht nur auszusprechen, sondern auch ausreichend zu begründen. Damit ist die allgemeine Charakteristik des Werkes gegeben.

Das System folgt zunächst der natürlichen Theilung in Einleitung, allgemeiner Theil und besonderer Theil. Die Einleitung hat die Begriffe Strafrecht und Criminalpolitik, die Strafrechtstheorien, sowie Geschichte, Quellen und Literatur des österreichischen Rechtes zum Gegenstand. Die Disposition des allgemeinen Theils stellt in drei Abschnitten neben einander: objektives Strafrecht, subjectives Strafrecht, Untergang des Strafrechts. Nach logischen Gesetzen hätten nur zwei Abschnitte gebildet werden dürfen, die dem Gegensatz von objectivem und subjectivem Strafrecht entsprechen, denn der dritte Abschnitt handelt vom Untergang des subjectiven Strafrechts; diese Lehre gehört logisch betrachtet noch zum Inhalt des zweiten Abschnitts.[1]) Der erste Abschnitt enthält die Auseinandersetzung über die Begriffe Norm und Strafgesetz im Binding'schen Sinne, über zeitliches und räumliches Herrschaftsgebiet, sowie über die Auslegung der Strafgesetze. Der zweite Abschnitt zerfällt in die Abtheilungen: Entstehung des Strafrechts, Gründe der Nichtentstehung und die Strafe. In der ersten Abtheilung ist das Subject des Verbrechens, die Schuldseite und die Thatseite behandelt; bezüglich der letzteren werden die Begehungsformen, die Subjectsformen und die Lehre von der Verbrechenseinheit getrennt. Hier ist die Bezeichnung „Subjectsformen" für Thäterschaft und Theilnahme störend, weil sie den unrichtigen Eindruck hervorruft, als ob diese Begriffe schon in der Lehre vom Subject des Verbrechens hätten besprochen werden sollen, während sachlich die Stellung der Thäterschaft und Theilnahme unter den Oberbegriff „Thatseite" vollständig gerechtfertigt ist; die Bezeichnung müßte gegenüberstellen: die der Ursache nach verschiedenen Thatformen (Thun und Unterlassen), die der Wirkung nach verschiedenen

[1]) Binding hat sowohl im Grundriß als im Handbuch die richtige Anordnung getroffen.

Digitized by Google

Thatformen (Vollendung und Versuch) und die dem Subject nach verschiedenen Thatformen (Thäterschaft und Theilnahme); denn Thäterschaft und Mitthäterschaft, Anstiftung und Beihilfe sind ebenso That- oder Begehungsformen des strafbaren Handelns wie Thun und Unterlassen, Vollendung und Versuch. Unrichtig ist die Nebeneinanderstellung von Begünstigung und Theilnahme; diese Anordnung ist um so unverständlicher, als F. selbst den Gegensatz zutreffend hervorhebt und das österreichische Strafgesetzbuch ebenso wie das deutsche die Begünstigung als selbständige Delictsart im besonderen Theil behandelt. Da die Begünstigung nicht Mitwirkung zur That ist, so kann der Begünstiger ebenso wenig als eine besondere Subjectsform, wie die Begünstigung als besondere Begehungsform von Delicten behandelt werden. Dasselbe gilt von der unterlassenen Anzeige.

Der besondere Theil stellt in fünf Büchern dar: die Verbrechen wider die Person, wider Eigenthum und Vermögen, gegen gesellschaftliche Interessen, gegen den Staat und die Gefährdung des Friedens im Staate. Warum die Verbrechen wider Eigenthum und Vermögen nicht zu den Verbrechen wider Rechtsgüter der Person und warum die Gefährdung des Friedens im Staate nicht zu den Verbrechen gegen den Staat bezw. gesellschaftliche Interessen gerechnet werden, läßt sich nicht einsehen. Dagegen ist anzuerkennen, daß eine Hervorhebung der Verbrechen gegen gesellschaftliche Interessen und demgemäß eine Dreitheilung der strafbaren Handlung in solche gegen die Einzelperson, gegen die Gesellschaft und gegen den Staat innerer Begründung nicht entbehrt, weil Religion, Sittlichkeit, Gesundheit, Feuersicherheit, Verkehrsmittel und Anderes unabhängig von einer bestimmten Staatsform und von bestimmten Staatseinrichtungen geschützt werden. Wenn man jedoch, wie auch F. thut, von dem Begriffe des Rechtsgutes ausgeht, so stößt die Dreitheilung auf das Hindernis, daß die Gesellschaft kein Rechtssubject ist und man deshalb nicht von Rechtsgütern der Gesellschaft sprechen kann. Es verdient daher die von

Digitized by Google

Meyer und v. Liszt beliebte Zweitheilung in Verbrechen gegen Rechtsgüter des Einzelnen und gegen Rechtsgüter der Gesammtheit oder in Verbrechen gegen persönliche und gegen allgemeine Rechtsgüter den Vorzug.

Indem wir uns nun dem Inhalte zuwenden, wollen wir darüber nicht rechten, daß der Jünger in den Grundanschauungen dem Lehrer folgt, zumal er sich ein gutes Vorbild gewählt und er dasselbe nicht sclavisch nachgeahmt hat. Auch Angriffe auf die aus der Binding'schen Schule stammenden grundsätzlichen Lehren erscheinen deshalb nicht als angemessen, weil solche Angriffe sich mehr gegen den Urheber als gegen den Anhänger wenden würden, dessen Werk besprochen werden soll. Dagegen muß ein Wort über die Nichtberücksichtigung der allgemeinen Geschichte des Strafrechts gesagt werden. Die Unterlassung ist bedenklich, weil die Vorlesung gerade in diesem Punkte einer Entlastung bedarf. Einerseits soll doch die Vorlesung möglichst von demjenigen Stoffe befreit werden, der leicht aus Büchern gelernt werden kann, andrerseits ist der Anfänger gerade in Bezug auf das Nachschreiben des Berichtes über geschichtliche Thatsachen einem Mißverständnisse leicht ausgesetzt; jedenfalls aber bedarf das Heft an diesem Punkte ebenso der Controlle durch ein Lehrbuch wie an irgend einem andern Punkte. Hier hätte der Grundriß von Binding ebenso wie in anderen Fragen als nachahmenswerthes Vorbild dienen können.

Wie im System (s. oben) und in der Methode, so weicht F. auch in der Cardinalfrage nach der Willensfreiheit des Menschen von Binding (Normen Bd. 2 S. 1 ff.) ab, indem er sich auf den deterministischen Standpunkt stellt und zugleich den Satz ablehnt, daß unter der Herrschaft des Determinismus für das Strafrecht kein Raum sei.[1]) Gerade dieser Theil der Darstellung be-

[1]) Diese von Merkel, Janka, Bünger vertretene Ansicht hat F. schon vor mehreren Jahren in der Juristischen Vierteljahresschrift, Organ des deutschen Juristenvereins in Prag (1887) ausführlich zu rechtfertigen gesucht. In neuester Zeit hat sich auch Richard Schmidt: Die Aufgaben der Strafrechtspflege, auf diesen Standpunkt gestellt.

Digitized by Google

friedigt vielleicht am wenigsten, trotzdem Verf. das Problem verhältnismäßig eingehend bespricht. Als Determinist bekennt sich Verf. nur mittelbar, indem er die Unabhängigkeit des Strafrechts von der Willensfreiheit behauptet. Er bemüht sich zwar, die Entstehung des Willens und der Handlungen aus Vorstellungen und Lustgefühlen zu erklären, aber, da er von vornherein Willensfreiheit als ausgeschlossen betrachtet, denkt er nicht daran, nachzuweisen, inwieferne man vom deterministischen Standpunkte aus überhaupt noch von „Willen" reden kann, welchen Inhalt der Willensbegriff, welche Bedeutung die Willensfähigkeit haben soll, wenn der Mensch nur thut, was er thun muß. Keine Lösung enthält der Satz: „Das, was der Mensch eigentlich und immer will, ist das Lustmoment, das sich an gewisse Zustände oder Geschehnisse anknüpft". In gewissem Sinne kann diesen Satz auch der Indeterminist unterschreiben, nämlich in dem Sinne, daß jeder Mensch das anstrebt, wovon er sich gerade Befriedigung verspricht und unter zwei oder mehr Dingen, welche er sich vorstellt, dasjenige ergreift, wovon er die meiste Befriedigung erwartet. Der eine ergreift das, was dauernde Befriedigung schafft (Pflichterfüllung), der andere das, was nur vorübergehend befriedigt (sinnlichen Genuß); dieser denkt nur an die nächste, jener auch an die fernere Zukunft. Jeder hat die Vorstellung von beiden Zielen; nur sehr lange Gewöhnung kann die eine Gruppe von Vorstellungen so stark werden lassen, daß die andere Gruppe immer nur rasch vorüberzieht. Das Beispiel anderer Menschen sorgt dafür, daß immer wieder beide Vorstellungen auftauchen, und jeder Mensch kann selbst dafür sorgen, daß die eine Vorstellung die stärkere wird. Der Mensch ist Herr über seine Vorstellungen; er wählt ein Lustmoment nicht, weil es das stärkere in Wahrheit ist, sondern weil er es für das stärkere hält und durch seinen Glauben zum stärkeren macht. In diesem Sinne also kann gerade der Indeterminismus sagen: der Mensch will das Lustmoment. Sobald man aber davon ausgeht, daß jeder Vorstellung eine Kraft von verschiedener Stärke

Digitized by Google

innewohnt, dann ist es nicht der Mensch, welcher mit seinem Willen das Lustmoment ergreift, sondern das Lustmoment ergreift den Menschen, der machtlos unter der Herrschaft der einen Gruppe von Vorstellungen steht. Woher den Vorstellungen diese außerhalb des einzelnen Menschen liegende und den Menschen beherrschende Macht, als eine ihnen objectiv innewohnende, als eine gewissermaßen reale Kraft kommen soll, und wie es trotzdem möglich ist, daß die mit einer bestimmten realen Kraft ausgestatteten Vorstellungen auf verschiedene Menschen und auf denselben Menschen zu verschiedenen Zeiten verschieden wirken, das wäre zu erklären gewesen. Für den Indeterminismus entsteht ein solcher Zweifel nicht; vom Standpunkte der Willensfreiheit aus kann jede Vorstellung deshalb, weil sie selbst nur etwas Subjectives ist, auch nur diejenige Kraft haben, welche ihr der Mensch selbst beimißt, also nur subjective Macht (vgl. Binding a. a. O. S. 6, 7).[1])

Es wäre ferner nachzuweisen gewesen, wie Verantwortlichkeit und Schuld mit dem Mangel von Willensfreiheit vereinbar sind. Statt dessen erklärt F. für die beiden Hauptpunkte: den Hinweis auf die Wirksamkeit einer Strafdrohung trotz Abhängigkeit des Willens und die Möglichkeit, auch eine nothwendige Handlung als gut oder böse zu qualificiren. Die Möglichkeit, einen Menschen, der nicht frei (also überhaupt nicht) wollen kann, durch Androhung und Verhängung von Uebeln zu einem bestimmten Verhalten zu bringen, ist zuzugeben, ist aber auch nicht das Beweisthema. Sondern die Frage ist die: wie kann man einem Menschen sein Thun oder Lassen zum Willen zurechnen, wenn der Mensch sich so verhalten hat, nicht weil er wollte, sondern weil er mußte, wenn nicht der Wille, sondern die über dem Willen stehende —

[1]) Auf das Causalitätsgesetz beruft sich F. nicht; es wird daher zur Wahrung des vom Berichterstatter eingenommenen Standpunktes die Bemerkung genügen, daß es nicht darauf ankommt, ob das, was wir „Wollen" nennen, verursacht ist, sondern wodurch es verursacht ist, ob durch das „Ich" oder durch Umstände, welche außerhalb des „Ich" liegen. Dagegen wäre ein unmotivirtes Wollen unbedingt ein unfreies Verhalten (Binding a. a. O. S. 4, 5).

Digitized by Google

richtiger die einen Willen ausschließende — Macht das Thun oder Lassen hervorgerufen hat; und wie kann man einem Menschen sein Verhalten zur Schuld, d. h. zum schuldhaften Willen, zurechnen, wenn der Wille überhaupt keine entscheidende, also in Wahrheit gar keine Rolle spielt? F. beantwortet nicht nur diese Frage nicht, sondern erwägt auch nicht, daß Größe und Art dieser sogenannten Strafe, welche der Determinismus zuläßt, weder in der begangenen That noch in einem außerhalb der That liegenden Umstande einen Maßstab finden kann. Jenes ist unmöglich, weil der Mensch so handeln mußte, wie er gehandelt hat und weil es lediglich darauf ankommt, ihn für die Zukunft abzuhalten; das letztere aber ist nicht möglich, weil Lust und Unlust — wie F. selbst bemerkt — relative Größen sind und man weder die Intensität der in einer unbestimmten Zukunft zum Verbrechen treibenden Lustvorstellung noch die Intensität vorausberechnen kann, mit welcher das im Gesetz anzudrohende oder im Urtheil auszusprechende Strafübel wirken wird.

Zur Widerlegung des Einwandes, daß vom deterministischen Standpunkte aus eine Werthschätzung der menschlichen Handlung als gut oder böse nicht möglich ist, reicht nicht aus, wie F. meint, auf die Relativität dieser moralischen Begriffe und auf deren Wechsel im Laufe der Zeiten hinzuweisen. F. selbst bestätigt vielmehr den obigen Einwand, indem er S. 128 bemerkt: „An sich ist eine That weder besser noch schlechter als die andere." Ist dieser Satz richtig, dann sind alle Handlungen gleichmäßig gut oder gleichmäßig schlecht oder weder gut noch schlecht; ein Urtheil über den Werth der Handlung an sich ist also (vom Determinismus aus) nicht möglich. Unzutreffend ist der Zusatz, welchen F. macht, um seine Theorie zu stützen: Die That erscheint als gut oder böse nur, indem wir sie zu uns in Beziehung setzen. Er verwechselt dabei die moralischen Begriffe „gut" und „böse" mit den Begriffen „nützlich" und „schädlich"; dies zeigt sein Beispiel, in welchem er die Verursachung einer Feuersbrunst durch einen Irrsinnigen ebenso

Digitized by Google

für eine schlechte Handlung erklärt wie die gleiche Handlung eines normalen Menschen. Die Unhaltbarkeit dieser Theorie tritt auch bei Beurtheilung dessen hervor, der einen zum Tod verurtheilten Verbrecher oder einen dem Gemeinwesen äußerst schädlichen unmoralischen Menschen widerrechtlich getödtet hat. Diese That erscheint in Beziehung auf uns oder auf das Gemeinwesen als eine Wohlthat, müßte also ebenso straflos bleiben wie die Nothwehr- oder Nothstandshandlung, weil das Uebel, welches in der Verletzung des formalen Rechtes (im objectiven Sinne) und des fremden Rechtes (im subjectiven Sinne), des fremden Rechtsgutes besteht, aufgewogen oder überwogen wird durch das Gute, das in der Befreiung des Gemeinwesens vom schlechten Menschen liegt, wie das beim Exceß der Nothwehr aus dem Grunde geschieht, weil die Verletzung des Rechts zum Zwecke der Abwehr von Unrecht, bei der Nothstandshandlung deshalb geschieht, weil durch den rechtswidrigen Angriff ein berechtigtes Interesse gewahrt wird. Das Urtheil über gut und böse entsteht nicht lediglich daraus, daß wir die That zu uns oder zum Gemeinwesen in Beziehung setzen, sondern dieses Urtheil betrachtet die That sowohl nach ihrer Wirkung auf Dritte als auch nach ihrer Quelle im Thäter, sucht also auch die Beziehung zwischen That und Thäter auf, und beantwortet die Frage nach dem Motiv der That. Der Maßstab wechselt allerdings im Laufe der Zeiten, indem später mancher Erfolg, manches Motiv verworfen wird, die früher gebilligt wurden; aber dieser Wechsel tritt nie so rasch und unvermittelt ein, daß sich nicht der Einzelne diesem allmählich sich verändernden Maßstab anpassen könnte.

Während der consequente Determinismus, weil er in Wahrheit den Willen läugnet, dazu führen muß, bei der Definition des Vorsatzes das Willensmoment auszuschließen und den Vorsatz als Vorstellung von der Causalität des Thuns zu bezeichnen, erklärt F. Vorstellung und Wille gleichmäßig als Elemente des Vorsatzbegriffes (S. 131).

Digitized by Google

Die Causalitätstheorie F.'s stimmt mit derjenigen Buri's und des deutschen Reichsgerichts überein. F. verwirft die Unterscheidung zwischen Ursache und Bedingungen; er erklärt als Ursache „jedes in einem Complex von Erscheinungen zu Tage tretende Moment, mit dessen Wegfall auch eine in Betracht gezogene Folge in ihrer concreten Bestimmtheit nicht eintreten würde" (S. 152 a. E.). Diese Theorie hält F. für gleichbedeutend mit der anderen, welche als Ursache einer Erscheinung die Gesammtheit ihrer Antecedentien (das soll heißen Bedingungen) bezeichnet, welche nicht hinweggedacht werden können, ohne daß auch die Erscheinung wegfällt. Diese Gleichsetzung des Theiles mit dem Ganzen wird ihm nur dadurch möglich, daß er lediglich auf die negative Seite Gewicht legt. Negativ betrachtet ist diese Gleichheit allerdings vorhanden, weil der Wegfall einer einzelnen Bedingung ebenso das Ausbleiben des Erfolges bewirkt wie der Wegfall der Gesammtheit aller Bedingungen. Aber die positive Wirkung des Wegfalls einer einzelnen Bedingung ist nicht nothwendig die gleiche wie die positive Wirkung des Wegfalls der Gesammtheit aller Bedingungen. Wenn $a + b + c = v$ und der Wegfall der Bedingung a den Erfolg x, der Wegfall der Bedingung b den Erfolg y, der Wegfall der Bedingung c den Erfolg z herbeiführt, so können die einzelnen Bedingungen weder unter sich gleichwerthig noch gleichwerthig mit der Gesammtheit der Bedingungen sein.

Fragt man aber, ob ein bestimmter Erfolg auf eine bestimmte Erscheinung als seine Ursache zurückgeführt werden kann, so kommt es doch vor Allem auf die positive Seite der Wirksamkeit dieser Erscheinung oder der Erscheinungsreihe, darauf an, was sie producirt; nicht blos darauf, was ihr Wegfallen hindern würde, sondern auch darauf, was ihr Wegfall hervorbringen würde. Die einzelne Lebenserscheinung producirt nun gar nichts für sich allein, sondern nur im Zusammenwirken mit anderen Erscheinungen. Trotzdem kann das menschliche Verhalten als Ursache bezeichnet werden, ohne daß man mit jenem Begriffe der Ursache als Gesammtheit der Be-

Digitized by Google

dingungen in Widerspruch gerathen würde, weil der Mensch durch sein willentliches Handeln alle Bedingungen zusammenfaßt (Hälschner, Das gemeine deutsche Strafrecht § 105 S. 232); ob dieser Wille ein schuldhafter ist, bleibt dabei noch eine offene Frage.

Wenig glücklich ist die Lehre vom sog. untauglichen Versuch behandelt. Mißlich ist schon die Zerreißung der Darstellung, welche die einschlagenden Fragen in dreifach verschiedenem Zusammenhang erörtert. Im § 49 ist die subjective und objective Versuchstheorie im Allgemeinen betrachtet; hierbei wird die subjective Theorie aus dem Grunde als verfehlt erklärt, weil sie den richtigen Gedanken der causalen Bedeutungslosigkeit, die jeder Versuchshandlung anhaftet, überspannt und der Handlung selbst alle Bedeutung aberkennt. Im § 51 werden die Voraussetzungen des Versuchs nach österreichischem Rechte festgestellt und hierbei wird nun die subjective Theorie nicht nur als die dem österreichischen Gesetz zu Grund liegende, sondern auch als die allein richtige bezeichnet. Im § 53 endlich wird der untaugliche Versuch bei der Auseinandersetzung über Vorbereitung und Versuch ex professo zum Gegenstand der Erörterung gemacht; hier jedoch wird nicht, wie man nach § 51 erwarten sollte, jede untaugliche Versuchshandlung für strafbar erklärt. F. sagt 187 wörtlich: „Nach dem früher Ausgeführten ist der angedeuteten Argumentation (nämlich der objectiven Theorie) entgegenzuhalten, daß jede Versuchshandlung begrifflich ungeeignet ist, den Erfolg herbeizuführen. Man spricht indessen mit Recht von sog. untauglichen Versuchshandlungen und bezeichnet damit Handlungen, die selbst im Sinne des Thäters ausgeführt, den gewollten Erfolg nicht herbeiführen können; solchen Veränderungen kann sociale Bedeutung ebenso wenig zuerkannt werden, als irgend einem andern Geschehen, dem das Merkmal der Gefährlichkeit abgesprochen werden muß." Es wird also zwischen gefährlichem und ungefährlichem Versuch unterschieden. Ist das aber nicht die Feuerbach'sche Theorie, welche F. S. 174 verwirft? Wie, so muß man jedoch weiter fragen, läßt sich auf den Mangel der Gefähr-

Digitized by Google

lichkeit eine Unterscheidung zwischen tauglichem und untauglichem Versuch gründen, wenn weder der eine noch der andere causal sein kann, wie F. S. 174 selbst annimmt, wenn also dem tauglichen Versuch die Gefährlichkeit ebenso fehlt wie dem untauglichen Versuch?

Die Lösung dieses Räthsels liegt vielleicht in dem Schwanken des Verf. bei Feststellung des Gefahrbegriffes. S. 65 geht F. von einem subjectiven Gefahrbegriffe aus, indem er zum Thatbestand der Handlungen, welche gegen ein „Verbot concreter Gefährdung" verstoßen, rechnet, daß nach einer gewissen Durchschnittsmeinung die vorgenommenen Handlungen solche sind, die Rechtsgüter gefährden. Es soll also das subjective „Meinen" über das Vorhandensein von Gefahr und Gefährlichkeit entscheiden. Objectiv müßte man doch den Durchschnitt der thatsächlichen Erfahrungen über das Verhältnis gewisser, einem schädlichen Erfolg günstiger Momente zu andern demselben hinderlichen Momenten zum Maßstab machen. Auf Grund dieser Durchschnittserfahrung bildet sich nicht eine Durchschnittsmeinung, sondern eine allgemeine, herrschende Meinung über die Gefährlichkeit gewisser Handlungen. Im Bd. 2 S. 81 dagegen versteht F. unter Gefahr „eine Constellation von Verhältnissen derart, daß zu befürchten steht, daß sich aus ihr, ohne daß die Mitwirksamkeit neuer Faktoren erforderlich wäre, eine Rechtsgüterverletzung entwickeln werde; Gefahr bedeutet also hier eine Lage der Dinge. . . . ." Gefahr ist also nach diesem Satze etwas Objectives. Diese Ansicht muß deshalb bevorzugt werden, weil irgend ein positives Ereignis zur vorhandenen Lage hinzutreten muß, um dieselbe so zu verändern, daß die Gefahr verschwindet! Wäre die Gefahr etwas rein Subjectives, so könnte sie auch ohne jede Veränderung in der Außenwelt wieder aufhören, zu bestehen. Die subjective und objective Auffassung erscheint vermengt an einer dritten Stelle. Bei Erklärung der gemeingefährlichen Verbrechen sagt F. Bd. 2 S. 291 a. E.: „Gefährdung bedeutet die Herbeiführung einer Constellation von Verhältnissen, welche nach durchschnittlicher Anschauung leicht von

Digitized by Google

selbst . . . . . in eine Zerstörung von Rechtsgütern umschlagen kann." Wer bei Feststellung des Gefahrbegriffes in dieser Weise schwankt, wird auch bei Anwendung des Gefahrbegriffes auf die Versuchslehre leicht in Widersprüche gerathen.

Der Klärung bedürfen die Lehrsätze F.'s an manchem Punkt. Bei wiederholtem Durcharbeiten des ganzen Werkes unter Vergleich der einzelnen correspondirenden Bemerkungen wird es dem Verf. zweifellos gelingen, dieses Ziel zu erreichen. Möge ihm eine neue Auflage bald Gelegenheit geben, diese vertrauensvolle Erwartung zu erfüllen.

Kiel.

Kleinfeller.

3. Schmidt, Richard, Die Aufgaben der Strafrechtspflege. Leipzig, Duncker u. Humblot 1895. VIII u. 312. S.

Der Versuch, auf dem Gebiete der neuesten strafrechtlichen Reformbewegung durch den Aufbau von historischem, kritisch gesichtetem Stoff einen festen Punkt zu schaffen, von welchem aus sich ein Ueberblick über Dasjenige, was Noth thut, gewinnen läßt, verdient gewiß rückhaltlose Billigung. Schmidt hat sich nicht nur das Verdienst erworben, diese Aufgabe zu stellen, sondern hat sie auch mit dem Erfolge bearbeitet, daß er die Wissenschaft um ein Buch bereicherte, welches in vielen Beziehungen als Quelle der Belehrung und Ausgangspunkt für weitere Forschungen zu dienen geeignet ist. Der Verf. war natürlich genöthigt, bei seinen kritischen Betrachtungen über die Rechtszustände früherer Zeiten und über die philosophischen Speculationen Anderer seine eigene Meinung in Bezug auf die Aufgaben der Strafrechtspflege zu entwickeln. Dieser Ausdruck seiner persönlichen Anschauung ist ihm jedoch nur Nebenzweck. Wir können also seinem Buche nur gerecht werden, wenn wir den Hauptwerth desselben in der Methode und in der kritischen Zusammenstellung der historischen Thatsachen erblicken. Wir sind auch in der Lage, den hohen Werth der Arbeit nach dieser Richtung

Digitized by Google

hin anzuerkennen, obgleich wir der subjectiven Auffassung von Sch. nicht beizustimmen vermögen.

Für die Methode des Verf. ist zunächst seine Ueberzeugung entscheidend, daß sich Wissenschaft und Gesetzgebungspolitik vor Allem von dem Wahne frei machen müssen, „als könne man über die Gestaltung der Strafe aus rein praktischen Erwägungen entscheiden und sich der theoretischen Analyse der Strafzwecke hierbei völlig entschlagen." Er untersucht in der 1. Abth. das rechtspolitische Verhältniß der Strafzwecke und zwar 1. den Werth der Strafrechtstheorie für die Rechtspolitik; 2. die einzelnen Strafzwecke; 3. die Unvereinbarkeit der Strafzwecke und 4. die Vorzüge der Vergeltungsstrafe. Zwei Fragen bilden nach Sch. die Brennpunkte der Auseinandersetzung über das Strafrechtsproblem: die staatsrechtliche Frage nach der Quelle des staatlichen Rechtes, Strafzwang im Interesse der staatlichen Ordnung zu üben und die criminalpolitische Frage nach den praktischen Wirkungen, welche mit der Strafe anzustreben oder zu erreichen sind. Für die älteren Naturrechtslehrer stand die staatsrechtliche Frage im Vordergrund; die moderne Strafrechtstheorie dagegen vernachlässigt die staatsrechtliche Frage, weil diese von dem Standpunkte aus, daß der Staat nothwendig und die Strafe zur Staatserhaltung unentbehrlich ist, wegfällt; man findet den Rechtsgrund der Strafe im Wesen des Staates.

Nachdem Sch. in diesem Rahmen die Theorien von Kant, Grolmann, Feuerbach, Hegel und der neueren Kriminalisten betrachtet hat, wendet er sich zu den einzelnen Strafzwecken. Hierbei stellt er an die Spitze den Satz, daß der heutige Conflict zwischen den Reformbestrebungen und dem bestehenden Rechtszustand nicht im Gegensatz von Prävention und Repression, sondern in der Gegenüberstellung von General- und Specialprävention zu suchen ist. Im Einzelnen werden sodann die Gegensätze: General- und Specialprävention, sittliche und rechtliche Vergeltung, Vergeltung und Genugthuung, Vergeltung und Abschreckung näherer Be-

Digitized by Google

trachtung unterzogen. Sch. entscheidet sich für den Vergeltungszweck, indem er die Vergeltung als eine Art der Generalprävention auffaßt, weil die Vergeltungsstrafe auf die Unterthanen eine psychische vom Verbrechen abhaltende Wirkung übt. Er nimmt an, daß der Staat sich durch die Verhängung und den Vollzug der Strafe bei der Gesammtheit der Unterthanen in Achtung setzt und setzen muß, wie auch der Einzelne nur dadurch die Achtung der Mitbürger erhält, daß er Unrecht nicht duldet, sondern von sich abwehrt und erwidert. Die Strafe muß zu diesem Zweck entweder abschreckend oder vergeltend wirken. Aber der bloße Abschreckungszweck würde dem Staate gar keine Schranke hinsichtlich des Kreises der mit Strafe zu bedrohenden Handlungen ziehen; in diese Lücke kann nur der Vergeltungszweck treten.

Verf. erkennt weder einen inneren Gegensatz zwischen den Strafzwecken der General- und Specialprävention an, noch gibt er zu, daß die eine Strafaufgabe die andere ihrem praktischen Werthe nach ausschließt. Insbesondere behauptet er ohne Begründung die Unabhängigkeit der Vergeltungsstrafe vom Dogma der Willensfreiheit. Diese Behauptung findet vom Standpunkte des Verf. aus allerdings eine Erklärung darin, daß die Vergeltungsstrafe nur nach der That, nicht nach dem Thäter ausgemessen werden soll; unverständlich aber bleibt, wie eine Strafe jene vom Verbrechen abhaltende psychische Wirkung üben soll, wenn die Unterthanen nicht an die Willensfreiheit, sondern an die blinde Unterwerfung unter den sinnlichen Trieb glauben. Trotz des Mangels innerer Gegensätze erklärt Sch. Special- und Generalprävention deshalb für unvereinbar, weil es ihm praktisch unmöglich erscheint, einerseits die Zwecke der Specialprävention anzustreben und andererseits die Verhältnismäßigkeit (nicht Gleichheit) von Verbrechen und Strafe herzustellen, welche das Vergeltungsprincip fordert. Ueberdies hält er die Erreichung der Specialpräventionszwecke für unmöglich, weil alle menschliche Beurtheilung der Unverbesserlichkeit, Besserungsfähigkeit und Abschreckungsbedürftigkeit trügerisch bleibt.

Digitized by Google

Da jedoch jedes Reformprogramm Glaubenssache ist und Hoffnung gegen Hoffnung steht, so sucht Sch. durch Gegenüberstellung der Vorzüge der Generalprävention und der Fehler der Specialprävention nachzuweisen, daß Generalprävention durch Vergeltung den Vorzug verdiene. Er rügt an der Specialprävention hauptsächlich, daß Strafe und Vorbeugung zusammengeworfen werden, während er von der Vergeltungsstrafe rühmt, daß sie allein die segensreiche Einwirkung auf die Gesellschaft und somit die sociale Erziehung der Bürgerschaft ermöglicht, ohne daß dabei die Möglichkeit der Prävention verloren geht. Ferner betont er, daß nur die Vergeltungsstrafe dem Rechtsstaate entspricht. Der Satz: nulla poena sine lege und die ausschließliche Zuständigkeit des Richters zur Verhängung öffentlicher Strafen genügen nicht, um den Rechtsstaat zu verwirklichen; das Schwergewicht ruht nach Sch. vielmehr darauf, daß die criminellen Zwangsmaßregeln unter ungefähr gleichen Verhältnissen in möglichst gleicher Art und Intensität verhängt werden. Er nimmt endlich für die Vergeltungsstrafe die Eigenschaft in Anspruch, nicht nur für das „Ob" der Strafverhängung, sondern auch für das „Wie" und „Wie hoch" eine Richtschnur zu geben.

In der 2. Abtheilung schreitet Verf. dazu, das geschichtliche Verhältnis der Strafzwecke zu betrachten und zwar unternimmt er dies auf Grund der deutschen Stammesrechte, der Rechtsbildung im fränkischen Reich, der Strafjustiz der Lehensstaaten unter Berücksichtigung des Einflusses der neueren Zeit auf die Rechtspflege in Italien, Frankreich, England und Deutschland, der Willkürjustiz seit dem Ende des 16. Jahrhunderts, endlich der Reformbestrebungen am Ende des 18. und Anfang des 19. Jahrhunderts. Nur summarisch, aber lebendig und anschaulich schildert Sch. den inneren Zusammenhang zwischen den socialen Zuständen der verschiedenen Perioden und der Strafrechtsbildung. Im Code pénal und dem Feuerbach'schen Strafgesetzbuche sieht Verf. den endlichen Sieg des Vergeltungsprincips, der freilich sehr bald wieder durch die

Digitized by Google

Einführung des Systems der mildernden Umstände beeinträchtigt wurde, welches Sch. den bittersten Feind der praktischen Durchführung der Vergeltung nennt. Gegen das preußische und das deutsche StGB. erhebt er mit Rücksicht auf dieses System, sowie auf die Abgrenzung des Verhältnisses der einzelnen Strafarten den wohlbegründeten Vorwurf der Verschwommenheit. Gegen die Reformbestrebungen der neuesten Zeit macht Sch. geltend, daß man bei den vielen Klagen über die Zunahme der Verbrechen auch an die verhältnismäßig viel größere Abnahme derselben im Laufe des letzten Jahrhunderts denken sollte; eine solche Abnahme behauptet Sch. zwar nicht der Ziffer nach, ebenso nicht hinsichtlich der Intensität und Leistungsfähigkeit des Verbrecherthums, wohl aber rücksichtlich der Verbrechensarten; denn: „das Verbrecherthum überwuchert das geordnete und gesittete Leben nicht mehr. Es hat seine Brutalität und Frechheit abgelegt. Es zieht nicht mehr offen auf der Landstraße. Es ist zurückgedrängt in die Schlupfwinkel und Spelunken der Großstädte, wo es lichtscheu seine wühlende Arbeit verrichtet." Für noch wichtiger erklärt er, daß das Verbrechen in den Anschauungen des Volks isolirt worden ist (S. 264).

In der 3. Abtheilung, welche die Ueberschrift führt: „Die Grenzen der modernen Strafgesetzgebung", führt Sch. dem Leser die Zersplitterung in der modernen Reformpartei und das Auseinandergehen der Meinungen vor Augen, welche in dem Streben nach Vermittelung die verschiedenartigsten Combinationen von Altem und Neuem aufweisen. Besonders würdigt er die bedingte und die unbestimmte Verurtheilung. Gegen die sog. bedingte Verurtheilung bringt er in der Hauptsache nichts anderes vor als die Furcht vor der Kränkung und Trübung des Rechtsgefühls im Volke. Gegen die unbestimmte Verurtheilung erklärt er sich deshalb, weil eine solche nur als Verwaltungsmaßregel erträglich sei und als Strafe mit der Vergeltung sich nicht vereinigen lasse. Endlich entwickelt Sch. seine Ansicht über die Aufgaben der Gesetzgebung hinsichtlich der Strafarten und der Regelung der Strafzumessung. Er erklärt

Digitized by Google

für nothwendig: Todesstrafe, Freiheitsstrafe in verschiedenen Abstufungen, Geldstrafe und Verweis; die Freiheitsstrafe soll mit Schärfungen ausgerüstet werden; bei der Strafzumessung soll das Gesetz den Richter an möglichst eingehend bestimmte Strafzumessungsgründe binden.

Die Kritik hat nun die dreifache Aufgabe, zu untersuchen: 1. Ist es richtig, daß die Frage nach dem Rechtsgrund der Strafe im modernen Staate überflüssig geworden ist? 2. Hat Verf. die Frage nach dem Grunde der Unzufriedenheit mit dem geltenden System beantwortet und ist insbesondere seine optimistische Auffassung über die Abnahme der Verbrechensarten berechtigt? 3. Kann die Vergeltung der Zweck der von Menschen zu verhängenden Strafe sein?

1. So richtig es ist, daß thatsächlich die Frage nach dem Rechtsgrunde der Strafe überhaupt vernachlässigt wird, so unrichtig ist es doch, diese Frage für überflüssig zu erklären. Sie ist aus der allgemeinen Discussion zunächst deshalb ausgeschieden, weil das Interesse sich den praktischen Zielen der Strafe zugewandt hat und das Interesse für philosophische Fragen durchweg im Abnehmen begriffen ist.[1]) Die Frage taucht aber auch heute noch sofort überall da auf, wo sie mit praktischen Interessen verknüpft ist; man begegnet daher der Frage nach dem Rechtsgrunde der Strafe, sobald ein neuer Delictsthatbestand geschaffen werden soll, sowie dann, wenn die Berechtigung eines einzelnen Strafmittels, sei es der Todesstrafe oder einzelner Schärfungen der Freiheitsstrafe, der Prügelstrafe, der sog. bedingten Verurtheilung ꝛc. geprüft werden soll. Sch. selbst hält übrigens die Frage nicht für so überflüssig, als er vorgiebt. Denn thatsächlich sucht er den Rechtsgrund der Strafe festzustellen; er findet ihn einerseits im Wesen des Staates, andrerseits in der Unentbehrlichkeit der Strafe für die Staatserhaltung. Ferner hält er es für nothwendig, die Berechtigung der Todesstrafe nachzuweisen (S. 304, 305); endlich glaubt er in dem

[1]) Noch ein anderer Grund wird sich unten herausstellen.

Digitized by Google

Vergeltungscharakter der Strafe die Schranke für den Kreis der zu bedrohenden Handlungen gefunden zu haben;. indem er eine solche Schranke für notwendig erklärt, nimmt er an, daß das Recht des Staates, Strafen zu drohen und zu vollziehen, kein unbeschränktes sein kann; die Schranke für ein Recht kann aber nur in der Grundlage desselben gefunden werden.

Da mit der Erklärung des Rechtsgrundes aus dem Wesen des Staates als Organismus gar nichts gesagt ist und da die Berufung auf die Unentbehrlichkeit der Strafe für die Staatserhaltung einer Berufung auf die Zweckmäßigkeit gleichkommt, so bleibt es für Sch. dabei, daß Grund und Zweck der Strafe aus demselben Gedanken zu erklären sind. Damit liefert die Darstellung des Verf. selbst einen Beweis für die Annahme, daß die Vernachlässigung der Frage nach dem Rechtsgrund, abgesehen von der Abneigung gegen philosophische Abstractionen und der Neigung für praktische Dinge, noch eine andere Ursache hat. Grund und Zweck gehören zusammen, wenn man unter Grund das Motiv versteht. Zuerst hat man den Begriff Rechtsgrund mit dem Begriffe Grund vertauscht; dann hat man vergessen, daß Grund die Bedeutung von Rechtsgrund hat und betrachtete als Grund das Motiv, aus welchem der Staat straft; als Motiv wirkt aber der Strafzweck. Auffallend ist allerdings, daß gerade der Verf., welcher die Verschiedenheit von Rechtsgrund und Zweck aus der Geschichte der Strafrechtsphilosophie nachgewiesen hat, selbst wieder bei der praktischen Anwendung dieser Begriffe Beides vermengt.

Die Frage nach dem Rechtsgrunde der Strafe kann selbstverständlich nur im philosophischen Sinne aufgeworfen werden, denn im juristischen Sinne ist Rechtsgrund der Strafe das einzelne Gesetz, welches die Strafandrohung enthält; in diesem Sinne vermag Niemand den Rechtsgrund der Strafe anzufechten. Im philosophischen Sinne nun gibt es keinen anderen Rechtsgrund der Strafe als die Gerechtigkeit, oder die gerechte Vergeltung, welche die jeweils herrschende Rechtsüberzeugung heischt. Die Daseins-

Digitized by Google

berechtigung des Staates vorausgesetzt — diese bedarf unter civilisirten Menschen keiner Begründung — muß das Verbrechen als staatsfeindliches Verhalten die Strafe als Abwehr hervorrufen. Nicht das Dasein und nicht das Wesen des Staates, sondern die Daseinsberechtigung des Staates, aber auch nicht diese allein, sondern nur in Verbindung mit der Forderung der Gerechtigkeit, daß Dasjenige, was als etwas Nothwendiges zu Recht besteht, auch erhalten bleibe, liefert den Rechtsgrund für die Verhängung von Strafe überhaupt, sowie für die Bestrafung bestimmter Handlungen und für die Anwendung bestimmter Strafmittel. Darauf beruht das Recht des Staates, neue Thatbestände mit Strafdrohungen zu formuliren, sobald neue Angriffshandlungen in bedrohlichem Maße festgestellt werden; darauf beruht es ferner, daß je energischer der Angriff desto kräftiger die Abwehr sein darf.

2. Strafe darf und muß also verhängt werden, weil die abstracte Gerechtigkeit fordert, daß Dasjenige, was keine Daseinsberechtigung hat, Demjenigen weicht, was daseinsberechtigt ist. Das die Gesetzgebung und Praxis beherrschende System sieht die Lösung der Frage nach dem Strafzweck in der Verhängung von Vergeltungsstrafen. Sch. hätte sich nun die Frage beantworten sollen, warum man mit der heutigen Vergeltungsstrafe, welche trotz des Systems der mildernden Umstände seiner Forderung der Verhältnismäßigkeit von Strafe und Strafthat entspricht, wenn man die That nur nach ihrer äußeren Erscheinung betrachtet, so sehr unzufrieden ist und das nicht blos in den Kreisen der Criminalisten oder gar nur in den Kreisen der Internationalen Criminalistischen Vereinigung, sondern in den weitesten Schichten der Bevölkerung. Eine ernstliche Unzufriedenheit ist vorhanden, sonst würde man nicht immer wieder Erörterungen über die Einführung der Prügelstrafe, Schärfung der Freiheitsstrafen, Gründung von Strafcolonien u. s. w. begegnen. Sch. wirft die Frage nach den Ursachen dieser Erscheinung wohl deshalb nicht auf, weil er sich die Sachlage verschleiert, indem er nicht eine Verschlimmerung, sondern eine Besserung

Digitized by Google

des Uebelstandes annimmt, der im Vorhandensein des Verbrecherthums für den Staat besteht. Sch. hat eine fesselnde Schilderung von der Entwicklung des internationalen Gaunerthums und des Vagabundenthums für die früheren Zeiten entworfen. Für die Gegenwart scheint er die Gefährlichkeit des internationalen Gaunerthums zu übersehen, welches sich die Errungenschaften der modernen Technik und die eigenthümlichen Rechtszustände Englands zu Nutze macht; er übersieht, daß gerade die auf Rohheit und Brutalität zurückzuführenden Delicte gegen Leib und Leben in den letzten Jahren zugenommen haben, daß das Verbrechen auch der Art nach keineswegs an Boden verloren hat. Angesichts der anarchistischen Bewegung und der anarchistischen Verbrechen der letzten Jahre kann man weder einen Zurückgang der Verbrechensarten noch die Thatsache behaupten, daß das Verbrechen seine Brutalität und Frechheit abgelegt hat. Wenn der Straßenraub nicht mehr so häufig ist wie in früheren Zeiten, so ist an die Stelle des Straßenräubers der Eisenbahnräuber getreten, der freilich in civilisirten Formen sein Opfer ausplündert, nach Gelegenheit und Bedürfniß auch mordet — von amerikanischen Zuständen kann man dabei absehen. Wohl gibt es auch harmlose Vagabunden. Aber es ist zugleich kein Geheimniß, daß die Masse der Vagabunden ihr unstätes Leben führt, um sich der Verfolgung wegen geringer und schwerer Delicte zu entziehen. Wenn in der Nähe einer großen Stadt ein einsames Haus Nachts ausgeplündert und in Brand gesteckt wird, nachdem die Inwohner ermordet worden sind, ohne daß sich eine Spur von den Thätern findet, so kann man mit menschlicher Sicherheit annehmen, daß die Thäter Vagabunden waren, welche, ehe ihre That ruchbar geworden ist, vom Thatorte Stunden weit entfernt sind, so daß an dem Orte, wo sie des nächsten Tags gesehen werden, Niemand weiß, woher und wann sie kamen. Ein solches Leben, welches geeignet ist, die Rechtspflege zu lähmen, ist ein gemeingefährliches Verhalten und sollte nicht als bloße Uebertretung behandelt werden, sobald es gewohnheitsmäßig geworden ist. Falsch

Digitized by Google

ist deshalb auch die Annahme, daß das Verbrechen sich in die großen Städte zurückgezogen habe. Der Vagabund ist der Verbrecher im Umherziehen. Dazu kommt die Meineidspest, welche ein vorwiegend ländliches Delict ist, der gewohnheitsmäßige Raufer auf dem Lande, der Wilddieb und Schmuggler. Diese letzteren Verbrechensarten sind es zugleich, welche in den Anschauungen der Landbevölkerung ebensowenig sittliche Entrüstung oder eine Empörung des Rechtsgefühls hervorrufen wie das Duell in den höheren Volksschichten. Gegenüber diesen Zuständen begreift man, warum die Vergeltungsstrafe nicht allgemein mit günstigen Augen angesehen wird.

3. Die Vergeltung kann und braucht nicht alleiniger Zweck der von menschlichen Richtern zu verhängenden Strafe zu sein. Vergeltung ist begrifflich mit jeder Strafe als einer Reaction gegen die Uebelthat verbunden, weil jede Strafe auf dem Rechtsgrunde der Vergeltung beruht. Die Eigenschaften, welche Sch. an seiner Vergeltungsstrafe rühmt, können auch mit der Sicherungsstrafe und mit Specialprävention verbunden werden; auch hier kann unter gleichen Verhältnissen das gleiche Uebel verhängt werden und die Schwere sowie Größe der Strafe kann eine der Bedeutung der That entsprechende sein. Es kommt überall nur darauf an, welche Momente man für die Verhältnismäßigkeit von That und Strafe und welche Umstände man für die Gleichheit der das Strafmaß beeinflussenden Verhältnisse entscheidend sein läßt. Sch. will nur die That, nicht den Thäter zum Maßstab nehmen. Unmöglich kann es ihm mit dieser Forderung Ernst sein. Sch. will sicher nicht die Merkmale des subjectiven Thatbestandes über Bord werfen; Vorsatz und Fahrlässigkeit sind aber nicht Eigenschaften der That, sondern des Thäters im Moment der That. Gilt es schon bezüglich dieser beiden Punkte manchmal die ganze Persönlichkeit des Thäters zu würdigen, so ist dies noch viel mehr, ja allgemein nothwendig bei Beantwortung der für die Strafzumessung so wichtigen Frage nach dem Motiv zur That, nach dem Vorhandensein

Digitized by Google

entehrender und nicht entehrender Gesinnung; ebenso kann man nicht verzichten auf die Strafbarkeitsmerkmale des Rückfalls, der Gewohnheitsmäßigkeit und Gewerbsmäßigkeit. Zeigt sich schon an diesen Momenten, welche auch die Vergeltungsstrafe nicht außer Acht lassen darf, daß die That nur aus der Person des Thäters richtig gewürdigt werden kann, so muß man consequent dazu gelangen, die Person des Thäters nicht nur so zu betrachten, wie sie sich im Moment der That darstellt, sondern man muß den Zustand des Thäters in diesem Zeitpunkte aus seinem Wesen und aus seiner Lebensgeschichte zu begreifen suchen. Auch die Sicherungs- und Abschreckungsstrafe wird um der That willen verhängt; aber die That gewinnt verschiedene strafrechtliche Bedeutung je nach der Persönlichkeit des Thäters. Der Gelegenheitsdiebstahl ist Symptom eines anderen Seelenzustandes, als der berufsmäßig ausgeführte Diebstahl unter sonst gleichen Umständen; die Wiederholung des Gelegenheitsverbrechens droht unter anderen Bedingungen als die Wiederholung des berufsmäßigen Verbrechens; dort ist die Gefahr der Wiederholung eine bedingte, hier eine unbedingte. Die Bemessung der Strafe nach der That allein verkennt die Wahrheit des Satzes: wenn zwei das Nämliche thun, ist es nicht das Nämliche; sowie die Wahrheit des anderen Satzes: die wahre Gleichheit liegt in der Ungleichheit.

Muß hiernach bei der Strafzumessung auf die Person des Thäters allseitig Rücksicht genommen werden, falls überhaupt die That vollständig gewürdigt werden will, dann darf die Strafe nicht nach dem Einflusse bemessen werden, den sie auf Andere hervorbringen wird. Andererseits läßt sich zeigen, daß die Verhängung von Strafen überhaupt nicht den moralischen Einfluß auf die Unterthanen haben kann, welchen Sch. voraussetzt. Theils besteht eine solche moralische Beeinflussung überhaupt nicht, theils ist sie unzureichend, um auf selbständigen Werth Anspruch machen zu können. Die an Anderen vollzogene Strafe wird auf Denjenigen, welcher sich von Jugend auf oder auch später an die Auf-

Digitized by Google

fassung gewöhnt hat, daß das Verbrechen ein ebenso berechtigter Erwerbszweig ist wie irgend ein anderer Beruf, keinen Eindruck machen, keine abhaltende Wirkung üben. Der ordentliche Unterthan wird vielfach dieser Warnung überhaupt nicht bedürfen, um strafbare Handlungen zu unterlassen. Soweit aber durch die Strafe Achtung vor der Staatsgewalt erzeugt werden soll, wird derjenige Staat sich bei seinen Unterthanen am Meisten in Achtung setzen, der das Verbrechen am Wirksamsten bekämpft, der die besten Früchte der Strafe nachweisen kann. Früchte in Bezug auf die Bekämpfung des Verbrechens kann aber nur diejenige Strafe bringen, welche der Natur des Verbrechers angepaßt ist. Die Theorie von Sch. ist verwandt der Feuerbach'schen Theorie vom psychologischen Zwang; nur denkt sich Sch. diese psychologische Wirkung nicht als durch die Strafdrohung, sondern als durch die Verhängung und den Vollzug der Strafe hervorgebracht. Der Unterthan erlangt aber aus der Thätigkeit der Gerichte nur die allgemeine Vorstellung, daß gestraft wird; er hat weder eine klare Vorstellung von der Höhe der Strafen im einzelnen Falle noch vom Vollzug. Eine solche Vorstellung läßt sich auch nicht vermitteln. An diesem Umstande muß in letzter Linie der Versuch scheitern, durch eine Strafe bestimmter Art, in zuverlässiger Weise Einfluß auf das Verhalten der nichtbestraften Personen zu gewinnen. Damit fällt die Generalprävention.

Aus der Nothwendigkeit, die Bedeutung der That nach der Person des Thäters zu bestimmen, ergibt sich von selbst die Nothwendigkeit, bei der Strafzumessung auf die Persönlichkeit des Thäters Rücksicht zu nehmen und dies führt zur Besserungs-, Abschreckungs- und Sicherungsstrafe, zur Specialprävention. Gegen den von Sch. erhobenen Einwand, daß alle menschliche Beurtheilung der Unverbesserlichkeit, Besserungsfähigkeit und Abschreckungsbedürftigkeit unsicher ist, muß bemerkt werden, daß der Richter sich überhaupt durchweg mit hoher Wahrscheinlichkeit begnügen muß, weil sonst Verurtheilung niemals möglich wäre.

Digitized by Google

Die Ablehnung der subjectiven Auffassung, welche Sch. vorträgt, nimmt dem Buche nichts von seiner Bedeutung. Nicht nur der Werth der historischen Darstellung bleibt unberührt; auch die Vergeltungstheorie des Verf. mit ihrer Begründung und Anwendung darf nicht unbeachtet bleiben. Von der modernen Reformbewegung droht die große Gefahr, daß das Strafrecht von einem Extrem in's andere gestürzt wird. Die Vermeidung dieser Gefahr ist das gemeinsame richtige Ziel der im Einzelnen weit auseinandergehenden Vermittelungsbestrebungen. Zur Abhaltung dieser Gefahr kräftig mitzuwirken, ist das Buch von Sch. berufen; möge es diesen Dienst leisten und eine organische Weiterentwicklung des Strafrechtes unterstützen.

Kiel, im März 1894.

Kleinfeller.

4. Steinitz, Dr. jur., Die sogenannte Compensation im Reichsstrafgesetzbuch. (§§ 199 und 233.) I. Serie, Heft 4 der „Strafrechtlichen Abhandlungen des juristischen Seminars der Universität Breslau", herausgegeben von Prof. Dr. Hans Bennecke und Privatdoc. Dr. Ernst Beling. Breslau 1894. Schletter. 79. S.

Der Verf. steht dem ganzen Institut feindlich gegenüber. Er schlägt anhangweise vor, dasselbe zu beseitigen und durch eine Bestimmung zu ersetzen, welche Denjenigen, der eine Beleidigung oder leichte Körperverletzung (sei es auch nicht auf der Stelle) erwidert mit Verlust seines Privatanklage-Rechtes bedroht, wogegen die Erhebung der öffentlichen Klage, „wenn dies im öffentlichen Interesse liegt" (§ 416 RStPO) unberührt bleiben soll; für die strafrechtliche Behandlung des Retorquenten selbst aber bedürfe es überhaupt auch bei den genannten Vergehen keiner besonderen Normen, indem es auch bei diesen genüge, den Affect als mildernden Umstand innerhalb der gesetzlichen Strafrahmen zu berücksichtigen.

Der legislative Standpunkt des Verf. beeinflußt auch dessen positiv-rechtliche Darlegungen, die den Hauptinhalt der tüchtigen Schrift ausmachen. Auch de lege lata acceptirt er von den für

Digitized by Google

das Compensations-Institut geltend gemachten Grundgedanken lediglich den des Affects. Dieser Gesichtspunkt paßt selbstverständlich nur für den Retorquenten und vermag für sich allein höchstens bezüglich dessen Person die facultative Straffreiheit zu rechtfertigen. Daß auch der erste Thäter sich der gleichen Rechtswohlthat erfreut, führt S. auf eine „Nachwirkung" des gemeinrechtlichen Institutes der Aufrechnung einander gegenüber stehender Ansprüche auf Privatgenugthuung zurück.

Heut zu Tage haben wir es allerdings statt dessen mit zwei staatlichen Strafansprüchen zu thun und damit entfällt die Möglichkeit einer derartigen Anrechnung. Sollte die Gesetzgebung diesen grundlegenden Unterschied gänzlich übersehen haben? Der Verf. scheint es anzunehmen. Er hätte aber doch erst genauer prüfen sollen, ob nicht wenigstens einzelne der dem alten Compensations-Institut zu Grunde liegenden Gesichtspunkte mutatis mutandis auch noch für das heutige Recht Geltung in Anspruch nehmen können und ob jene „Nachwirkung" nicht dadurch mit zu erklären ist, daß die abnorm milde Behandlung beider Delinquenten auch in irgend einer Richtung vom heutigen Rechte anerkannten Bedürfnissen entspricht.

Einen Fingerzeig für die Beantwortung dieser Frage hätte dem Verf., welcher die einzelnen zusammengehörigen und oft nur verbunden wirksamen Gesichtspunkte etwas zum Theil willkürlich und formalistisch auseinanderreißt, die (von ihm nur in anderer Beziehung vermuthete) Thatsache bieten sollen, daß bei Redaction des RStGB. das Compensations-Institut nur für Antragsdelicte in Aussicht genommen wurde. Es ist allerdings S. zuzustimmen, wenn er das Wesen des Antrags-Erfordernisses in der Befugnis erblickt, die Strafverfolgung zu verhindern und wenn er weiter ausführt, daß demnach eine allfällige Verwirkung der Antrags-Berechtigung Seitens des Retorquenten nicht in der Straflosigkeit des ersten Thäters, sondern vielmehr nur in der Verfolgung desselben ohne Antrag bestehen, daß also jene Straflosigkeit schon deshalb nicht auf eine solche Verwirkung zurückgeführt werden

Digitized by Google

könne. Mit Recht läßt sich aber S. durch diesen Gedankengang abhalten, die dem Antrags-Erfordernis zu Grunde liegenden Gesichtspunkte überhaupt für die Erklärung des Compensations-Instituts zu verwerthen. Indem der Gesetzgeber bei gewissen Delicten das öffentliche Interesse an der Bestrafung gegenüber dem Sonder-Interesse des Verletzten an Unterlassung strafgerichtlicher Verfolgung zurückstellt, zeigt er jedenfalls noch, daß er bei denselben jenes öffentliche Interesse verhältnismäßig geringer, dieses Sonder-Interesse verhältnismäßig höher veranschlagt, als sonst. Es ist nun ganz folgerichtig, daß bei diesen Delicten das letztere Interesse dort noch stärker hervortritt, wo es nicht auf Unterlassung der Verfolgung, sondern auf Durchführung derselben gerichtet ist, daß also die „öffentliche" Strafe hier (besonders bei Beleidigungen) weit mehr als sonst der Privatgenugthuung dient (sonst würde sie ja nicht schon dort entfallen können, wo auf solche Genugthuung verzichtet wird) — und darum kann hier in der That eine Anrechnung derselben auf die vom Verletzten selbst verwirkte Strafe zugelassen werden, darum kann hier nicht blos dem Retorquenten in Berücksichtigung seines Affects, sondern auch dem ersten Thäter in Berücksichtigung der anderweitigen Genugthuung, die sich dessen Gegner von ihm bereits verschafft hat, jegliche Bestrafung erspart werden.

Allerdings wäre es bei dieser Auffassung folgerichtig, die Strafloſigkeit des ersten Thäters nicht blos bei Erwiderung „auf der Stelle" eintreten zu lassen und jene jedes einzelnen Thäters nur davon abhängig zu machen, daß er selbst und nicht auch davon, daß auch sein Gegner lediglich ein Antragsdelict verübt hat. Daß das RStGB. diese beiden Consequenzen übersehen hat (anders die vom Verf. nicht berücksichtigten Strafgesetz-Entwürfe hinsichtlich der letztangeführten Incongruenz), berechtigt aber doch noch nicht, jene Auffassung de lege lata zu verwerfen. Wir dürfen doch gewiß eher dem Gesetzgeber einen logischen Fehler hinsichtlich der näheren Ausgestaltung des Instituts zumuthen, als mit dem Verf. an-

Digitized by Google

nehmen, daß dieses ganze Institut hinsichtlich des ersten Thäters auf einem logischen Fehler beruhe.

Jedenfalls ist durch Bezugnahme auf die Grundgedanken der Antragsberechtigung die einheitliche Begründung für die Behandlung beider Gegner gewahrt, welche S. vermißt. Methodisch verfehlt ist es und führt mehrfach zu unrichtigen Resultaten in der Erläuterung des Gesetzes, daß der Verf. jene Lösungen, welche sich ihm für den zweiten Thäter ergeben, ohne Weiteres auf den ersten Thäter überträgt, ohne zu prüfen, welche Momente der fakultativen Straflosigkeit desselben zu Grunde liegen — Momente, die de lege lata auch dann zu berücksichtigen wären, wenn sie etwa vom Gesetzgeber unrichtig beurtheilt oder in ihrer Bedeutung entgegenstehenden Factoren gegenüber überschätzt worden sein sollten.

Von den exegetischen Ausführungen des Verf. scheint dem Refer. vor Allem die in § 13 enthaltene Erörterung über die Frage, ob das Compensations-Institut sich auch auf rechtmäßige und auf straflose Thaten erstreckt, unzureichend. Im Uebrigen ist die Exegese des „III. speciellen Theiles" überwiegend zutreffend. Bei den processualen Fragen macht sich allerdings eine mangelhafte Benutzung der einschlägigen Literatur (selbst der Hauptwerke) fühlbar. Die materiell-rechtlichen Ausführungen zeichnen sich hingegen vielfach durch verständnisvolles Eindringen in den Stoff und Schärfe des Urtheils in einer das Niveau einer Seminar-Arbeit überragenden Weise aus. Dieses Niveau darf aber aber allerdings auch nicht für den Maßstab der Kritik maßgebend sein, sobald eine Seminar-Arbeit der Oeffentlichkeit übergeben wird.

Wien. Prof. Friedmann.

5. Beling, E., Retorsion und Compensation von Beleidigungen und Körperverletzungen. Theil I: Geschichtliche Entwicklung. Breslau, Schletter 1894. VIII u. 224 S.

Den Gegensatz der Meinungen, deren Vertreter einerseits alles Recht als etwas Gewordenes nur durch Vertiefung in seinen

Digitized by Google

Werdegang verstehen zu können glauben und andererseits sich anheischig machen, das geltende Recht aus sich selbst heraus zu verstehen, sucht B. durch Aufstellung des Satzes zu vermitteln: „es gilt nur eklektisch die richtige Mitte zwischen der unbedingt historischen und der unbedingt unhistorischen Methode zu treffen" (S. VI. a. E.). Er nimmt hierbei an, daß viele Sätze des geltenden Rechtes uns so in Fleisch und Blut übergegangen sind, daß wir sie begreifen können, ohne erst das Recht früherer Zeiten erforschen zu müssen. Aber Retorsion und Compensation im heutigen Rechte erscheinen ihm als so eigenartige Gebilde, daß ihre rein dogmatische Behandlung nicht befriedigen würde. Hinsichtlich des Umfangs seiner Arbeit erklärt B. (S. VII) die Nichterwähnung italienischer Stadtrechte aus dem negativen Ergebnis seiner Nachforschungen in diesem Quellenkreise; die Uebergehung der deutschen Particulargesetzgebung bis zur Mitte des 18. Jahrhunderts begründet er mit ihrer Bedeutungslosigkeit für den Gang der Entwicklung (S. 178); den Ausschluß des germanisch-deutschen Rechtes endlich soll die Darstellung selbst durch ihren Inhalt rechtfertigen (S. VII a. E.).

Da sowohl das römische als das kanonische Recht weder Retorsion noch Compensation kennt, die von den italienischen Juristen im Mittelalter angerufenen Quellenstellen vielmehr, wie B. zeigt, eine andere Deutung nothwendig machen, erscheinen ihm beide Rechtsinstitute als Erzeugnisse der italienischen Wissenschaft. Die ersten Spuren weist er in der Glosse nach; von hier aus verfolgt er die Entwicklung in der italienischen Wissenschaft, welche die Frage nach der Zulässigkeit der Retorsion vom Gesichtspunkte der Nothwehr und der Provocation aus behandelte, die Lehre von der Compensation aber aus dem Civilrechte und unter Ausschluß der Criminalstrafe ableitete.

Für die weitere Ausbildung dieser Lehren in Deutschland unterscheidet Verf. drei Perioden (S. 70). Die erste bis zum Anfang des 17. Jahrh. sich erstreckende Periode ist die Zeit der allgemeinen Anerkennung eines Retorsionsrechtes des Beleidigten; die

Digitized by Google

zweite Periode — bis in die 2. Hälfte des 18. Jahrh. — ist die Zeit erfolgreicher Vertheidigung der Retorsion gegen eine große ihr feindliche Partei; während bisher die Compensation im Hintergrunde gestanden hätte, rückt diese in der dritten Periode in den Vordergrund, indem die Retorsion zur Voraussetzung für die Compensabilität herabsinkt und das Retorsionsrecht verneint wird. Im Einzelnen berichtet Verf. sehr ausführlich über die Wirkungen einer berechtigten Retorsion, über die Folgerungen, welche sich aus der Zurückführung der Retorsion auf die Nothwehr ergaben, endlich über Inhalt und Form der Retorsion.

Die zwei letzten Kapitel haben die particuläre Gesetzgebung in Deutschland seit der Mitte des 18. Jahrh. und die Entstehungsgeschichte der §§ 199, 233 RStGB. zum Gegenstande. In der Particulargesetzgebung tritt zu Tage, daß sich das Retorsionsrecht am Ende des 18. Jahrhunderts überlebt hat. Von der Delictscompensation ist nichts als die Injuriencompensation übrig geblieben; neu ist die in einzelnen Gesetzen vorkommende Retorsion ohne Compensation. Von diesem Gesichtspunkte aus theilt B. die Gesetze in solche mit und ohne Compensation ein.

Es ist anzuerkennen, daß sich Verf. durch ein umfangreiches Material mit großem Fleiß hindurchgearbeitet hat. Aber trotzdem kann seine Arbeit und zwar mit Rücksicht auf die vollständige Uebergehung des mittelalterlichen deutschen Rechts[1]) und der vor Mitte des 18. Jahrhunderts liegenden Particulargesetzgebung nicht vollständig befriedigen. Wenn man einen bestimmten Quellenkreis nicht gründlich durchforscht hat, kann man nicht behaupten, daß derselbe unergiebig oder ohne Einfluß auf die Entwicklung gewesen sei; wenn es aber selbst wahr wäre, daß die germanische Unrechtserwiderung ein wesentlich anderes Institut war als die angeblich römischrechtliche Retorsion, so hätte es doch einer näheren Dar-

[1]) Dieser schon anderwärts, nämlich in Goltdammers Arch. Bd. 42 S. 469 von Kronecker erhobene Einwand möge hier näher begründet werden.

Digitized by Google

legung der Unterschiede bedurft, zumal die eigene Darstellung des Verfassers trotz allen Protestes auf einen Zusammenhang der Retorsionslehre mit germanischen Anschauungen hinweist, wie sie insbesondere aus der Abhandlung von Köstlin (Zeitschr. f. deutsches Recht Bd. 15 S. 426 ff. vgl. Beling S. 3 Anm. 1) bekannt sind.

B. selbst scheint in seinem Urtheil über einen solchen Einfluß geschwankt zu haben. Der Satz der Vorrede S. VIII: „Die Romanistik hat, allenfalls beeinflußt vielleicht, ohne es selbst zu wissen, von germanistischen Anschauungen, aus sich heraus die Sätze inhaltlich gefunden und ausgebaut, nicht germanischen Sätzen, nur eine römische Etikette aufgeklebt" steht nicht im Einklang mit dem Schlußsatz der Einleitung S. 3: „Inwieweit germanischrechtliche Anschauungen, den Trägern der Rechtsentwickelung unbewußt, auf letztere von Einfluß gewesen, wird seines Orts hervorgehoben werden." Hier wird also der Einfluß germanischer Anschauungen, wenn auch nur als unbewußter mit Bestimmtheit behauptet und sogar ein Nachweis dieses Einflusses im Einzelnen versprochen, während er in der Vorrede nur zweifelnd als ein „allenfalls, vielleicht" vorhandener eingeräumt wird und die Darstellung selbst bis jetzt wenigstens jenen Nachweis vermissen läßt, wenn er nicht in der S. 139 erwähnten Berufung auf die mores Germaniae (vgl. unten) gefunden werden soll.

Von vornherein muß nun gegenüber der Auffassung von B. betont werden, daß es ganz gleichgiltig ist, ob der Einfluß eines bestimmten Elementes auf die Rechtsentwickelung und auf juristische Theorien, den Schriftstellern und Gesetzgebern zum Bewußtsein gekommen ist oder nicht; wenn ein solcher Einfluß thatsächlich stattgefunden hat, so ist diese Thatsache auch von der Wissenschaft zu berücksichtigen, welche den Werdegang des Rechtes selbst, nicht blos den Inhalt der Theorie einer bestimmten Epoche erforschen will. Welche Ideen Elemente der Rechtsentwickelung geworden sind, kann nur objektiv beurtheilt und nicht nach dem subjektiven Maßstab einer Zeit festgestellt werden, die des historischen Sinnes ermangelte.

Digitized by Google

Im Einzelnen erwähnt nun B. selbst S. 34 ff. 37 ff. schon bezüglich der italienischen Wissenschaft, daß sie die Zulässigkeit der Retorsion unter dem Gesichtspunkte der Notwehr und mit Rücksicht auf die in der vorausgegangenen Handlung liegende Provocation bejahte. Gerade die Rücksichtnahme auf Provocation („Anlaß") sowie die Vermengung von Retorsion und Nothwehr ist aber zugleich dem deutschen Rechte eigenthümlich.[1]) Die Verbindung dieser beiden Gesichtspunkte kehrt natürlich bei den deutschen Schriftstellern seit Gaill (S. 80 ff.) wieder, welche noch dazu die Provocation besonders betonen, indem sie dieselbe an erster Stelle nennen. Ebenso weist die Bezeichnung der Retorsion als vindicta und ultio (S. 131, 136, 155) auf den Einfluß germanischer Anschauung hin. Ferner stimmt die S. 78 mitgetheilte Stelle aus Chilian König, welche den Beweis verlangt, daß die Schmähworte aus „bewegtem und hitzigem Gemüthe" geredet wurden, merkwürdig mit den von Köstlin a. a. O. citirten Quellenaussprüchen überein, welche geringere Strafbarkeit anerkennen, wenn der Thäter in torne, mid hastmude, in zorn mit raizthait gehandelt hat. Wenn ferner König sagt: Also erkennen auch die Schoepfenstüle, so will er wohl eine stehende Uebung derselben und zwar der sächsischen Schöpfenstühle behaupten, die doch am Ende des 15. und Anfang des 16. Jahrhunderts noch stark unter dem Einflusse des einheimischen Rechtes standen. Dazu kommt nun die Tendenz der Litteratur, vorhandene Rechtszustände aus den fremden Quellen als römische rechtfertigen zu wollen. Wenn man endlich im 17. Jahrhundert die Erlaubtheit der Retorsion als moribus Germaniae introducta et recepta anerkannte (S. 139) so wollte man doch damit nicht sagen, sie sei durch falsche Interpretation der Quellen eingeführt worden, sondern man führte sie auf deutsche

[1]) Vgl. Pfenninger, Strafrecht d. Schweiz S. 52 ff.; Geyer, Lehre von der Notwehr S. 81 ff.; Levita, Recht d. Notwehr S. 64 ff.; Seeger Abhandlungen Bd. I. S. 180 ff. auch John, Strafrecht in Norddeutschland S. 312, 313 und die ebenda S. 305 citierten Ausdrücke.

Digitized by Google

Rechtsüberzeugung zurück; daß aber diese Rechtsüberzeugung erst im 16. Jahrhundert entstanden sei, glaubten wohl die Juristen des 17. Jahrhunderts ebenso wenig als es B. behauptet.

Sind diese Argumente auch bei weitem nicht ausreichend, den Zusammenhang zwischen der juristischen Lehre von der Retorsion und der deutschen Rechtsauffassung mit Sicherheit darzuthun, so sind sie doch hinreichender Anlaß, um das Dasein oder Nichtdasein eines solchen Zusammenhanges gründlich zu prüfen. Solange ein auf umfangreiche Quellenforschung gestützter Gegenbeweis fehlt, hat um jener Zeugnisse willen die Annahme eines solchen inneren Zusammenhanges zwischen der romanisirenden Rechtswissenschaft und dem einheimischen Rechte, zumal in einer Frage, welche überall täglich praktisch wird, mehr für sich als die gegentheilige Ansicht. Vielleicht würde auch die ältere Particulargesetzgebung, von welcher B. S. 178 sagt, daß ihr für den Entwickelungsgang keine Bedeutung zukommt, Beweise für diesen Zusammenhang zwischen dem Rechte vor und nach der Reception liefern. Aber auch ohne Rücksicht hierauf läßt die Nichtberücksichtigung dieser letzteren Quelle eine fühlbare Lücke. Denn der Rechtszustand einer jeden Periode läßt sich vollständig nur aus einem Berichte erkennen, welcher Gesetzgebung, Rechtsprechung und Litteratur zu einem Bilde vereinigt. Es wäre ein Irrthum, zu glauben, daß sich die Rechtsentwickelung lediglich in der Litteratur, also im Studirzimmer der Gelehrten vollziehe. Unvollständigkeit des Berichtes zieht allerdings nicht nothwendig Unrichtigkeit nach sich, aber sie vermindert die Bürgschaften für die Richtigkeit und erzeugt die Gefahr der Einseitigkeit Die Praxis ist in der Litteratur der früheren Jahrhunderte bezeugt und darum berücksichtigt; daß die particulären Gesetze nur eine Einzelexistenz führten, ist kein Grund, sie außer Acht zu lassen, sondern nur ein Beweis, daß das Recht in Deutschland während des 16.—18. Jahrhunderts ebensowenig ein einheitliches war, als im 19. Jahrhundert vor 1870.

Daß Verfasser nach dem Gesagten in der Hauptsache nur eine

Digitized by Google

Dogmengeschichte geliefert hat, welche er erst von der Mitte des 18. Jahrhunderts an durch Berücksichtigung der Gesetzgebung zu einer Geschichte der Rechtsentwicklung erweiterte, beruht auf einer durch den oben berührten Eklekticismus verursachten Identificirung von Rechtsgeschichte und Dogmengeschichte; diese Beschränkung nimmt zwar dem von B. entworfenen Bilde die Bedeutung einer erschöpfenden und abschließenden Darstellung der geschichtlichen Entwicklnug der Retorsion. Das Buch hält insoferne nicht Alles, was der Titel verspricht. Aber die beschränktere Aufgabe der dogmengeschichtlichen Entwicklung hat Verfasser gelöst und diese Leistung befriedigt jedenfalls ein Bedürfnis, füllt wenigstens einen Theil der vorhandenen Lücke in der Litteratur aus. Möge die Darstellung des geltenden Rechts, welche auch den Zusammenhang zwischen diesem und der Geschichte zeigen muß, bald folgen.

Kleinfeller.

6. I. Beling, Ernst, Dr. jur., Gerichtsassessor und Privatdocent in Breslau, Die Wiedereinführung der Berufung in Strafsachen. Vortrag, gehalten am 5. April 1894 in der Schlesischen Gesellschaft für vaterländische Cultur, Sektion für Rechts- und Staatswissenschaft. Breslau, 1894. Schletter'sche Buchhandlung (Frank u. Weigert), Inhaber: A. Kurtze. 32 S. Preis 80 Pf.

II. Mamroth, Ernst, Dr., Rechtsanwalt am k. Landgericht Breslau, Die Gefahren der neuen Novelle zum Gerichtsverfassungsgesetz und zur Strafproceßordnung. Bedenken aus der Praxis. Breslau 1894. Ebendaselbst. 30 S. Subscriptionspreis 80 Pf., Einzelpreis 1 Mk.

Beling, ein Anhänger der Berufung, erörtert die Gründe, welche aus dem Princip der Mündlichkeit und der freien Beweiswürdigung gegen dieselbe vorgebracht sind und sucht sie zu widerlegen. Er bekämpft auch die Ansicht, daß durch Verstärkung der Garantien erster Instanz und durch bessere Ausgestaltung des Vorverfahrens die Berufung überflüssig gemacht werden könne.

Der Verfasser wendet sich dann zwei praktischen Fragen bezüglich der Einrichtung der Berufung zu: Welches Gericht soll als Berufungsgericht in Strafkammersachen bestellt werden und, soll

Digitized by Google

die Berufung nur dem Angeklagten oder auch der Staatsanwaltschaft gegeben werden? Bezüglich der letzteren entscheidet er sich dafür, daß man das Recht der Berufung unverkürzt auch der Staatsanwaltschaft einräumen müsse, bezüglich der ersteren macht er den eigenartigen Vorschlag, einen sog. Berufungszirkel unter den Landgerichten eines Oberlandesgerichtsbezirks einzuführen, dergestalt, daß für die erstinstanzliche Sache des Landgerichts A. das Landgericht in B., für die erstinstanzliche Sache von B. das Landgericht in C. Berufungsinstanz sein solle, dann für C. das Landgericht in D. und endlich für D. das Landgericht in A.; er hofft durch diese Einrichtung einerseits die Mißstände einer Berufung an die Oberlandesgerichte, andererseits ebenso die Mißstände, die mit Berufungskammern bei den Landgerichten oder mit der Bestimmung zweier Landgerichte als wechselseitige Berufungsgerichte verbunden seien, zu beseitigen.

Ganz andere Wege wandelt Mamroth. Er ist Gegner der Berufung in Strafsachen überhaupt, und ganz besonders der Berufung, wie sie in der Novelle vorgeschlagen ist. Er ist aber kein theoretischer Gegner des Rechtsmittels, sondern er ist durch seine praktischen Erfahrungen „immer zweifelhafter geworden, ob die Einführung der Berufung eine wirkliche Vermehrung der zu Gunsten des Angeklagten zu fordernden Garantien böte" (S. 7). Er erörtert die einzelnen Vorschläge des Entwurfs:

I. Die ohne Beziehung auf die Berufung vorgeschlagenen Neuerungen (Entschädigung unschuldig Verurtheilter, Veränderung der sachlichen Zuständigkeit der Gerichte, Erweiterung des summarischen Verfahrens u. s. w.) S. 8 ff.

II. Die durch Einführung der Berufung veranlaßten Neuerungen (Besetzung der Strafgerichte, Beschränkung der Beweisaufnahme u. s. w.) S. 14 ff.

III. Die Einführung der Berufung selbst. S. 22 ff.

In einem Schlußwort plaidirt Mamroth für eine zweckentsprechende Reform des erstinstanzlichen Verfahrens statt der Be-

Digitized by Google

rufung und für eine sorgfältigere Auswahl der Mitglieder der Strafgerichte.

Die Ausführungen des Verfassers, auf die im Einzelnen einzugehen mir leider Raummangel verbietet, zeugen durchweg von praktischem Blick und von Erfahrung. Wenn man ihnen auch nicht überall zustimmen mag, so wird man sie doch als bedeutsam und sorgfältiger Erwägung werth bezeichnen müssen.

Ein eigenthümlicher Irrthum ist übrigens dem Verfasser einem Praktiker, auf S. 9 untergelaufen, daß er die Verbrechen gegen §§ 243, 244 des StGB.'s als zur schwurgerichtlichen Zuständigkeit gehörend bezeichnet.

Celle.

Appelius.

7. Der Konträrsexuale vor dem Strafrichter (De Sodomia ratione sexus punienda, De lege lata et de lege ferenda). Eine Denkschrift von R Freiherr von Krafft-Ebing. (Leipzig, Wien, Franz Deuticke, 1894.

Der Verfasser erörtert in dieser kleinen, auf seine früheren Arbeiten, sowie den neuesten Forschungen anderer Vertreter der Psychiatrie beruhenden Denkschrift die Stellung der Gesetzgebung zu dem in § 175 des deutschen Strafgesetzbuchs behandelten Verbrechen der Sodomia ratione sexus mit besonderer Berücksichtigung des zur Zeit dem Ausschuß des Abgeordnetenhauses vorliegenden Entwurfs eines österreichischen Strafgesetzbuchs; im Gegensatze zu dem Entwurfe von 1867 hat sich der neueste Entwurf vollständig auf den Standpunkt gestellt, welchen auch das deutsche Strafgesetzbuch vertritt. Krafft-Ebing's Auffassung der Konträrsexualen ist aus seiner weitverbreiteten Psychopathia sexualis bekannt, er hält dieselben für belastetete Personen, welche dem sexuellen Triebe nur durch homosexuellen Verkehr nachkommen können. In wissenschaftlichen Kreisen ist diese Anschauung wohl kaum mehr bestritten und wenn die Strafgesetzgebung es bis jetzt unterlassen hat, die praktischen Consequenzen zu ziehen, so ist dieß auf mancherlei Umstände

Digitized by Google

zurückzuführen, deren Erörterung hier unterlassen werden muß. Die höchst lebendig geschriebene Denkschrift tritt dafür ein, daß der homosexuelle Verkehr nur bestraft wird, wenn er von einer Person über achtzehn mit einer solchen unter achtzehn Jahren begangen wird, selbstverständlich abgesehen von dem Falle der Aergernis-erregung durch öffentliche Begehung; außerdem werden strenge Strafvorschriften gegen männliche Prostituirte verlangt. Die Erörterung der strafrechtlichen Behandlung der Sodomia ratione generis ist in der kleinen Schrift unterlassen worden, doch nimmt der Verfasser im Wesentlichen dieselbe Stellung dazu ein, wie bei der Sodomia ratione sexus zwischen Personen, die beide über achtzehn Jahre alt sind; Recensent stimmt den Forderungen Krafft-Ebings vollständig bei; ob dieselben in dem österreichischen Strafgesetzbuche berücksichtigt werden, dürfte allerdings als höchst fraglich zu bezeichnen sein; der bisherige Gang der Berathungen des Abgeordnetenhauses berechtigt mit Nichten, optimistische Erwartungen in dieser Hinsicht zu hegen.

Fuld.

Digitized by Google

VI.

Staatsrecht.

Laband, Paul, Das Staatsrecht des deutschen Reiches. Dritte, verbesserte und vermehrte Auflage in zwei Bänden (XVI und 767, bezw. VIII und 1058 S.). Freiburg i. B. und Leipzig 1895. J. C. B. Mohr (Paul Siebeck).

Laband's Reichsstaatsrecht hat vor den meisten Handbüchern des öffentlichen Rechts besonders auch das voraus, daß es nicht blos in die Kreise der Theorie, sondern vor Allem auch in die Kreise der Verwaltungs- und Gerichtsbehörden unmittelbaren Eingang gefunden und in denselben einen Einfluß von außerordentlich hohem Gewicht gewonnen hat. Daß der Verf. selbst dieser zweiten Bedeutung seines Werkes und zwar mit vollkommenem Recht großen Werth beilegt, davon gibt besonders diese dritte Auflage Zeugnis, denn die Veränderungen, welche dieselbe gegenüber den früheren Auflagen erkennen läßt, betreffen, soweit Ref. sieht, weniger die theoretischen Grund-, als die praktischen Einzelmaterien. Man lese z. B. die vom Post- und Telegraphenwesen und dem Patentschutz handelnden Paragraphen. Aus dem gleichen Grunde aber dürfte sich die Aufnahme zweier neuer Paragraphen (über die Seeschifffahrt und die Wasserstraßen bezw. die Gesundheits- und Veterinärpolizei) erklären. Dieselben enthalten auch theoretisch interessante Erörterungen. Mit ihnen wollen wir uns im Nachstehenden beschäftigen, indem wir eine Skizze der diesbezüglichen L.'schen Ausführungen geben.

Digitized by Google

Art. 54 Abs. 1 der Reichsverfassung stellt bekanntlich den Grundsatz auf: „Die Kauffahrteischiffe aller Bundesstaaten bilden eine einheitliche Handelsmarine". L. weist nun sehr treffend nach, wie das Wort „einheitlich" in Art. 54 in einem völlig anderen Sinne verwendet wird, wie in Art. 53 von der Kriegsmarine oder in Art. 48 von der Post und Telegraphie oder in Art. 42 vom Eisenbahnnetz, Art. 63 vom Heer. Die Einheitlichkeit der Handelsmarine besteht nicht darin, daß sie Gegenstand einer centralisirten Reichsverwaltung ist, das Reich ist auch in dieser Beziehung, von zwei Ausnahmefällen abgesehen, auf Gesetzgebung und Oberaufsicht beschränkt. Die Einheitlichkeit der Handelsmarine bezieht sich vielmehr auf den internationalen Seeverkehr. Auch ihr rechtliches Merkmal ist in dieser Beziehung ausschließlich die Reichsangehörigkeit der einzelnen Schiffe, aus denen sich diese Marine zusammensetzt. Und, da die Nationalität der Schiffe nach altem Herkommen in der Flagge ihren Ausdruck findet, läßt sich sagen: die Einheitlichkeit der Handelsmarine muß in einer einheitlichen Nationalflagge zur Erscheinung kommen, die rechtliche Einheitlichkeit der Handelsmarine besteht in der gemeinsamen Flagge. Hieraus folgen aber drei Rechtssätze: das Verbot an die Einzelstaaten, irgend eine andere Flagge anstatt oder neben der Reichsflagge beizubehalten oder einzuführen, das Gebot an alle Führer deutscher Seeschiffe, ausschließlich die deutsche Reichsflagge als Erkennungszeichen ihrer Nationalität zu führen, und das Verbot an jeden Anderen, sich diese Flagge anzumaßen.

Den Begriff der Medizinalpolizei im Sinne des Art 4 begrenzt L. dahin, daß er sagt: es sind darunter nur solche Maßregeln zu verstehen, welche ausschließlich dem Zweck dienen, den Ausbruch oder die Verbreitung von Krankheiten zu verhüten, und welche nicht einen Teil einer anderen staatlichen Gesetzgebung oder Einrichtung bilden. Der Kreis der dem Impfzwang unterliegenden Personen wird von L. dahin bestimmt, daß dazu auch die im Reichsgebiet sich aufhaltenden Reichsfremden mit alleiniger Ausnahme

Digitized by Google

der Exterritorialen gehören, andererseits aber für reichsangehörige wie reichsfremde Personen, welche erst nach Zurücklegung des impfpflichtigen Alters in das Bundesgebiet kämen, kein Impfzwang bestehe.

Eines fiel dem Ref. bei der Lektüre des Buches auf, daß der Verf. nicht, dem Vorgange Hänel's folgend, den Umfang der Gesetzgebungskompetenz im Allgemeinen und in Bezug auf einige spezielle, der Auslegung sehr bedürfende Nummern des Art. 4 des Näheren erörtert hat. Wir meinen damit, daß er beispielsweise nicht festgestellt hat, daß sich die Gesetzgebungszuständigkeit der Regel nach auf öffentliche und private, materielle und formelle Regelung der Materie bezieht, oder wie weit der Begriff der Militärgesetzgebung (Brieftaubengesetz vom 28. Mai 1894) oder der Zoll- und Handelsgesetzgebung im Sinne des Artikels 4 der Verfassung reicht.

Erlangen, Oktober 1895.

Rehm.

Digitized by Google

VII.

Kirchenrecht.

1. Sägmüller, Dr. J. B., Die Papstwahlbullen und das staatliche Recht der Exclusive. Tübingen 1892. 8°, VIII und 308 S.
2. Derselbe, Das Recht der Exclusive in der Papstwahl. Arch für kath. Kirchenrecht, Bd. LXXIII, S. 193—256 (auch als Separatabdruck, Mainz 1895.)
3. Lucius Lector, Le Conclave, Paris 1894. 8°, XI und 779 S.

Die beiden genannten Schriften Sägmüller's repräsentiren Theile einer controversen Literatur, welche in wissenschaftlichen Organen bereits mehrfach von sich reden machte, und zu der nunmehr auch Lucius Lector in einige Beziehung getreten ist.

Als Referent vor einer Reihe von Jahren zum ersten Male eine eingehendere Untersuchung über Ursprung und Entwicklung des sogenannten Ausschließungsrechtes bei den Papstwahlen veröffentlichte, war unschwer vorauszusehen, daß deren Resultate sowohl auf Zustimmung, wie auf Widerspruch stoßen würden; sie haben in der That beides gefunden.

In dem umfassenden Buche Lector's liegt heute ein Werk vor, welches jene Resultate in vielen Hauptpunkten als die richtigen annimmt, in einigen davon abweicht, in allen aber anerkennenswerthe Objektivität zeigt und namentlich mit Rücksicht auf die überaus große Schwierigkeit des Stoffes eine kategorische und definitive Entscheidung einzelner Fragen vor der Hand noch ablehnt. Auf der anderen Seite steht Dr. J. B. Sägmüller. Seine Publicationen weisen nicht nur völlig divergirende Ansichten, sondern auch eine sehr verschiedene Form der Behandlung des Stoffes auf.

Digitized by Google

Wir werden auf diesen letzteren Punkt noch zurückkommen und wollen vorerst die einander entgegenstehenden Ansichten in Kürze charakterisiren.

Die ersterwähnte Theorie geht im Allgemeinen dahin, daß sich das sogenannte Exclusionsrecht im Verlaufe eines längeren Entwicklungsprozesses, welcher im 16. Jahrhundert begann und etwa zu Ende des 17. Jahrhunderts seinen Abschluß fand, aus der politischen Stimmenexclusive herausgebildet habe. Nach dem Kirchengesetz erfordert die Wahl zum Papste die Zweidrittelmajorität der anwesenden wahlberechtigten Cardinäle. Wer diese Majorität nicht für sich gewinnen kann, ist von der Erlangung der päpstlichen Würde ausgeschlossen. In solchem Sinne stellt sich die ursprünglichste und einfachste Form der Ausschließung als Abstimmungsresultat dar, und wer immer über eine entsprechend starke Wählerpartei im Conclave verfügt, der vermag eben hiedurch alle ihm mißliebigen Candidaten vom Pontificate auszuschließen — exclusio votorum. So beschaffen ist denn auch seinerzeit die Antheilnahme der Staaten an den Papstwahlen. Sie haben ihre Cardinalparteien und Parteiführer; letztere erhalten geheime Instructionen (Inclusions- und Exclusionslisten) und leiten darnach die Partei beim Wahlact. Auf diese Weise übt in der zweiten Hälfte des 16. Jahrhunderts namentlich Spanien einen geradezu dominirenden Einfluß in den Conclaven aus.

Zum richtigen Verständnis der Entwicklung ist nun das Hauptaugenmerk auf das Verhalten der staatlichen Parteiführer bei der Wahl, auf jene Instructionen und die Form ihrer Verwerthung nach außen hin zu richten. Es kommt im 16. Jahrhundert (wohl auch schon früher) wiederholt vor, daß genannte Instructionen im Conclave und sogar außerhalb desselben bekannt werden. Welche Bedeutung hat ein solcher Fall? Ist das Bekanntwerden rein zufälliger Natur — durch Ungeschicklichkeit, Indiscretion ꝛc. veranlaßt — so erscheint es für die Entwicklung minder wichtig. Anders jedoch, wenn darin eine bewußte, beabsichtigte Publication

Digitized by Google

zu erblicken ist. Diese Publication bedeutet nämlich regelmäßig eine — mehr oder weniger deutliche — Bitte, einen Wunsch, ein Begehren, welche Berücksichtigung finden wollen. Hiebei fragt es sich aber vor Allem, an wessen Adresse jene Publication sich richtet, von wem denn Berücksichtigung erhofft oder verlangt wird? Ist es blos die eigene Partei eines bestimmten Souveräns, welcher dessen Instructionen vom Parteiführer bekannt gegeben werden, so liegt die Sache zweifellos anders, als wenn es sich um Wünsche handelt, die offen gegenüber dem ganzen Wahlcollegium ausgesprochen werden. Und an diesen letzteren Fall knüpft sich wieder die Frage: Haben solche Wünsche rechtlichen Character, liegt darin die Inanspruchnahme einer staatlichen Prärogative?

Mit Rücksicht auf die berührten Punkte constatirt nun die m. E. richtige und neuerlich von Lector eingehend ausgeführte Ansicht eine Aufeinanderfolge gewisser Entwicklungsphasen, ein allmähliges Fortschreiten zur intensiveren Form. Der geheime, blos an den Parteiführer gerichtete Exclusionsauftrag (l'exclusion secrète et confidentielle) wird — um mit Lector a. a. O. S. 543 zu sprechen — notorisch (notoire), wenn der Führer ihn auch den Parteigliedern und solchen, welche er etwa noch für die Partei gewinnen will, mittheilt. Aus der notorischen entwickelt sich die offene Exclusion (e. ouverte ou publique), die vom Bevollmächtigten officiell dem ganzen Conclave verlautbart wird, aber sich immer noch auf die Exclusionspartei stützt. Aus der offenen Exclusion endlich geht zu Ende des 17. Jahrhunderts die formelle rechtliche Exclusion (e. formelle ou juridique) hervor, welche sich blos auf die Autorität des ausschließenden Souveräns stützt, unabhängig von der Größe seiner Partei im Conclave. Unter welchen Einflüssen sich der allmählige Uebergang vollzog, welche Momente eine ungefähre Abgrenzung der einzelnen Entwicklungsstadien möglich erscheinen lassen, all' das kann hier leider nur angedeutet, nicht ausgeführt werden.

Veränderte politische Verhältnisse, Schwankungen in der Macht-

Digitized by Google

stellung einzelner Großstaaten bei der Curie, die Rivalität derselben unter sich, oft auch Ereignisse zufälliger Natur, besonders aber die seit der Mitte des 17. Jahrhunderts über die Exclusive entstandene wissenschaftliche Literatur wirkten auf das Conclave zurück und erzeugten darin im Laufe der Zeit gewisse Umgestaltungen der Form des weltlichen Einflusses. Als Hilfsmittel der Sichtung und Abgrenzung dient eine ganze Unsumme sorgfältig zu combinirender Details; den allerbesten Werthmesser bildet aber — wie auch Lector andeutet — die Partei im Conclave. So lange die Staaten im Conclave über ausschlaggebende Cardinalparteien geboten, bedurften sie zur Beeinflußung der Wahl keines anderen Mittels und es lag ihnen also auch die Suche nach einem solchen naturgemäß völlig ferne. Die beste und sicherste Stütze der Exclusion ist die stimmkräftige, disciplinirte Partei; dies galt zu allen Zeiten und es würde noch heute gelten, wären nur heutzutage solche Parteien im Conclave auch aufzubringen. Mit Hilfe seiner gewaltigen Parteien setzte einst Philipp II. nicht blos Exclusionen, sondern selbst positive Wahlen in seinem Sinne durch. Allein nicht ewig währte dies goldene Zeitalter staatlicher Ingerenz. Die Stärke der Parteien nahm ab, die Disciplin verfiel. Da erst galt es, Hilfsmittel zu finden. Jene Uebung der staatlichen Bevollmächtigten, nöthigenfalls die Mitglieder ihrer Partei durch ausdrückliche Berufung auf die Instructionen ihres Souveräns für irgend eine Exclusion besonders fest zu machen, konnte nun ganz wohl den Ausgangspunkt eines noch energischeren Vorgehens bilden, welches eben darin bestand, die betreffende Exclusion auch noch dem ganzen Conclave bekannt zu geben. Zweck ist in der Regel, eine möglicherweise nicht nach jeder Richtung hin unbedingt disponible, vielleicht ad hoc mühsam zusammengebrachte Partei auf eine bestimmte Exclusion unbedingt zu verpflichten. Die Partei wird also versammelt, erklärt ausdrücklich die Ablehnung einer bestimmten Candidatur, der Parteichef verlautbart dies im Conclave, die Partei ist dadurch gebunden. Sowohl die Ehre der Partei

Digitized by Google

und das Ansehen des etwa interessirten Fürsten, als auch die mit einem eventuellen Mißerfolge für die Parteimitglieder verbundenen Nachtheile und Gefahren hindern jedes weitere Abgehen von dem publicirten Entschluß. So vollzieht sich der Uebergang von der notorischen — wie Lector sagen würde — zur offenen Exclusion.

Liegt nun aber in der officiellen Bekanntmachung, daß diese oder jene offene Exclusion im Namen dieses oder jenes Königs erfolgte, auch schon ein Rechtsanspruch des genannten Königs? M. E. absolut nicht. Denn jene Bekanntmachung erklärt blos das Motiv, warum die Partei so gehandelt hat. Und der betreffende Candidat ist gefallen nicht durch Verlautbarung der königlichen Instruction, an welche das Conclave gar nicht gebunden ist, sondern vielmehr, weil auf Grund der Instruction ihn die Partei des Königs ausgeschlossen hat und offen proclamirt, an dieser Ausschließung auch ein für allemal festhalten zu wollen. Allerdings aber bildet, wie auch Lector ganz richtig angibt, die offene politische Exclusion das Uebergangsglied zur rechtlichen Exclusive, deren schließliche Entwicklung speciell dadurch befördert wurde, daß die Unterstützung der immer schwerer zu vereinigenden Exclusionsparteien mehr und mehr hinwegfiel und damit zusammenhängend die Exclusionserklärung eine wesentlich veränderte Bedeutung erhielt. Während sich dieselbe anfangs auf die schon vorhandene Exclusionspartei stützte, war es später ihre Aufgabe, eine solche erst zu bilden, resp. zu ergänzen, bis am Ende die Rücksichtnahme auf die Parteistimmen ganz hinwegfiel [1]) und die bloße Bekanntgabe der Exclusionserklärung an das Cardinalcollegium schon zur Herbeiführung des gewollten Erfolges für genügend erachtet wurde.

Die oft erörterten Einzelheiten der Entwicklung können hier,

---

[1]) Damit soll natürlich nicht gesagt sein, daß etwa vom Beginn des 18. Jahrh. ab auch die Exclusionsparteien hinwegfielen; sie besaßen nur nicht mehr die Bedeutung von ehemals. Exclusionsrecht und Stimmenexclusive wurden neben einander geübt, und wer sich die letztere dienstbar machen konnte, verzichtete gerne auf das erstere.

Digitized by Google

wie gesagt, nicht näher ausgeführt werden; es genügt wohl, die Theorie beiläufig skizzirt zu haben. In zwei Büchern und mehreren Aufsätzen ist nun Sägmüller gegen diese Theorie zu Felde gezogen. Das erste jener Bücher (Die Papstwahlen und die Staaten von 1447—1555, Tübingen 1890) kann hier außer Betracht bleiben, nachdem dessen Hauptresultat schon durch das zweite (oben genannte) widerrufen wurde. Wir wenden uns also letzterem Buche zu. Sägmüller's Ansicht ist etwa folgende:

Die staatliche Exclusive ist nicht das Product eines stufenweisen Entwicklungsprozesses, sondern sie ist ungefähr wie weiland Athene aus dem Kopfe des Zeus entsprungen. Im Jahre 1549 besann sich eines Tages Karl V. seiner kaiserlichen Rechte und machte auf die Exclusiva Anspruch. Von diesem „Anfang des Anspruches auf ein kaiserliches Recht der Exclusive", welcher also auf Karl V. zurückgeht (S. 32), ist „der Anfang des staatlichen Rechtsanspruches auf Exclusive in der Papstwahl überhaupt" wohl zu unterscheiden, welch' letzterer von Philipp II. und zwar aus dem Jahre 1559 datirt (S. 95).

Hienach stellt sich die Exclusive offenbar als eine Institution mit zwei Anfängen dar, allein der Grund dieser sonst seltenen Erscheinung wird von S. speciell angegeben. Es ist nämlich „wohl zu bemerken, daß Philipp nicht mehr wie sein Vater als Kaiser mit Berufung auf kaiserliche Rechte sich in die Papstwahl mischte und die Exclusive gab, sondern unter Betonung seiner Stellung als Herrscher von Spanien, als Monarch so vieler Länder, so großer Staaten" (S. 95). Zur Begründung jedes einzelnen der beiden Anfänge wird weiters angeführt: „Wenn Karl V., wie es im Novemberbrief 1549 an das Cardinalcolleg geschehen, sich nun einmal auf alte Kaiserrechte in der Papstwahl berief, so mußte er auch nothwendiger Weise glauben, daß alle Cardinäle durch die von ihm gestellten Forderungen, in diesem Falle die thatsächliche Exclusive bestimmter Candidaten gehalten seien". Diese „unabweisbare Consequenz" kann durch einzelne abweichende historische Be-

Digitized by Google

richte nicht beseitigt werden (S. 32). Daß sich aber andererseits „der König von Spanien Rechte in der Papstwahl vindicirte, ergab sich mit logischer Nothwendigkeit aus der Auffassung, die er vom Verhältnis des Staates zur Kirche, näherhin Spaniens zum hl. Stuhle hatte" (S. 91). Diese Auffassung wird näher illustrirt; sogar der Papst (Pius V.) nannte Philipp II. „la sola colunna y fundamento de la religion". „Und der spanische König sollte, wie er sich die weitgehendsten Rechte über die Kirche Spaniens angemaßt hat, nicht auch konsequenter Weise solche über den hl. Stuhl und dessen Besetzung in Anspruch genommen haben?" (S. 93.) Doch S. ist in der Lage, „noch bestimmtere Beweise" vorzuführen. „Der spanische Monarch spricht nämlich zu Beginn des Conclaves (1559) den Satz aus, daß er als Herrscher über einen so großen Theil des christlichen Erdkreises verpflichtet sei, für die Wahl eines guten Papstes zu sorgen. Hielt sich aber Philipp für hiezu verpflichtet, so hielt er nothwendiger Weise sich auch für dazu berechtigt." „Auf diesem rechtlichen Untergrunde erwuchs nothwendiger Weise für Philipp die weitere Berechtigung, die Mittel anzuwenden, welche ihrer Natur nach geeignet waren, das gewünschte Resultat hervorzubringen". Diese Mittel waren in erster Linie „die nach ihrem rechtlichen Untergrunde schon alle Cardinäle verpflichtende, factisch dann an alle Wähler gerichtete Exclusion aller Spanien unzuträglichen Cardinäle, speciell des Cardinals von Mantua" (S. 94—95). Wenn nun aber S. eine solche Festsetzung vornimmt, „so will damit nicht geläugnet werden, daß das entstandene staatliche Recht der Exclusive nicht noch neuer Modificationen, so der Ausdehnung auf die anderen katholischen Großmächte, Oesterreich und Frankreich, einer präciseren Form, einer gesteigerten Wirksamkeit fähig war, je nach den Umständen, wie uns das namentlich in den Conclaven des letzten Decenniums des 16. Jahrhunderts entgegentritt" (S. 98).

Fortgang und Abschluß der Entwicklung werden S. 254 folgendermaßen zusammengefaßt: „Karl V. forderte die Berück-

Digitized by Google

sichtigung seiner Ausschließung von allen Cardinälen als Kaiser. Philipp II. und Ferdinand I. erbten das von ihm. Der eine schrieb sich dieses Recht als sein Sohn zu, des Unterschiedes nicht bewußt, der in seiner und seines Vaters Stellung gegenüber dem päpstlichen Stuhle lag. Durch fleißige Uebung desselben ist er Urheber dieses staatlichen Rechtsanspruches im eigentlichen Sinne geworden. Ferdinand hingegen wußte wohl, was sein kaiserliches Recht war, aber er hat es nicht geübt." Zu Ende des 16. und Beginn des 17. Jahrhunderts stiegen Spaniens Ansprüche auf die Spitze. Als später Frankreich Spanien überflügelt hatte, „da schrieb es sich, um alles Andere unbekümmert, dieses Ausschließungsrecht ebenso zu und übte es". „Am Ende des 17. Jahrhunderts besann sich dann auch der Kaiser wieder auf seine alten Prärogativen und excludirte energisch im Conclave des Jahres 1721".

Nachdem S. in den drei ersten Abschnitten seines Buches den Anfang der Exclusive dargelegt, bespricht er (Abschn. IV) in höchst weitläufiger Weise die Reform der Papstwahl unter Pius IV. in der letzten Periode des Tridentinums, resp. die der Bulle „In eligendis" vorausgehenden Verhandlungen und kommt zu dem Schlusse, daß bereits durch letztere Bulle, deren Bedeutung sich schon aus „der vielen Zeit und Mühe ergibt, welche auf dieses Wahlgesetz verwendet worden ist" (S. 133), der staatliche Rechtsanspruch auf die Exclusive verboten wurde (S. 185). Der weiteren Darstellung folgend hat der Leser zunächst ein Jahrhundert zu überspringen. Der Autor wendet sich nämlich nunmehr einer eingehenden Erörterung der um die Mitte des 17. Jahrhunderts über die Exclusive entstandenen Litteratur zu. Zweck und Ziel hievon ist leicht zu erschließen. Wenn schon in der Mitte des 16. Jahrhunderts ein staatlicher Rechtsanspruch auf die Exclusive bestand, um wie viel mehr muß ein solcher hundert Jahre später bestanden haben. Das bedürfte füglich gar keines Beweises. Dennoch bemüht sich S. um diesen noch weiter, indem er eine Reihe aus der Conclavengeschichte herausgegriffener Episoden vorführt und in

Digitized by Google

seinem Sinne ausdeutet. Hiebei schreitet S. vom Ende des 17. gegen das Ende des 16. Jahrhunderts zurück und geht dann schließlich auf eine Interpretation der Bulle Gregors XV. „Aeterni patris filius" über, in deren Bestimmungen er ein ausdrückliches Verbot des Exclusionsrechtes enthalten findet.

Namentlich diese letztere Partie erscheint bei S. auf ein ungenügendes und überdies höchst oberflächlich benutztes Archivmaterial basirt [1]); im übrigen bemerkt der Autor, daß es nicht möglich ge-

[1]) Zum Beweise dessen sei beispielsweise angeführt, daß S. von den in 13 katalogisirten Handschriften in römischen Archiven verbreiteten großen Tractaten über obige Bulle blos ein einziges Exemplar der Arbeit des Girolamo Ghetti kennen lernte, und auch dieses nur, weil Phillips (Kirchenrecht, V. S. 850 N. 35) und der im J. 1880 in Druck erschienene Manuscriptenkatalog Forcella's darauf hinweist. Des weiteren bemerke ich, daß Sägmüller auf S. 256—274 seines Buches, woselbst die Bulle besprochen wird, sieben Anmerkungen bringt, in welchen auf Archivmaterial Bezug genommen wird, und von welchen fast alle entweder Unrichtigkeiten oder grobe Ungenauigkeiten enthalten. So ist S. 256 N. 1 statt „Cod. Urbin. 2798. P. II." zu setzen „Cod. Ottobon. 2798. P. I." — S. 260 N. 2 ist der Schluß der in Cod. Vallicell. I. 38, fol. 41 enthaltenen Abhandlung völlig ungenau citirt. — Ebendaselbst ist die Arbeit B. Justiniani's „De canonica Summi Pontificis electione etc." (Bibl. Vitt. Em. C. 2873, fol. 157) als Beleg dafür angeführt, „daß man selbst nach Erlaß der Bulle „Aeterni patris filius" noch über diesen Punkt schrieb", während eben jene Arbeit in Wirklichkeit eine Reihe von Vorschlägen für die zukünftige Abfassung der damals erst projectirten Bulle enthält; S. hat diese Quelle also gar nicht eingesehen. — S. 278 N. 1 wird dieselbe Quelle gar erst in's 18. Jahrh. versetzt, dagegen umgekehrt S. 272 N. 1 (vergl. dazu auch S.'s neuere Abhandlung S. 29 N. 4) eine im 18. Jahrh. entstandene Schrift (Bibl. Vittor. Emman. C. 3516, N. 2) in das 17. Jahrh. zurückgeschoben. — S. 261 N. 3 wird ein in Cod. Sess. 393 enthaltener, sehr bekannter Brief des Card. Ludovisio und zwei Antwortschreiben der Cardinäle Borromeo und Orsini, alle klar und deutlich geschrieben, schlechtweg als „eine Reihe freilich sehr unleserlicher Briefe von Cardinälen über die Bulle" abgethan. — S. 267 N. 1 wird ein Citat gebracht, welches von Ungenauigkeiten in der Textwiedergabe geradezu strotzt; beispielsweise soll es heißen „cordoglio" statt „condoglio", „erano ancor potuti" statt „erano potuti", „ovviare a pericolo" statt „obviare à periglio", „ci volsero" statt „si volserono", „se l'usurpono", statt „si l'usurparono" u. a. m. (vgl. den richtig gestellten Text in m. „Bulle Aet. patr. fil." S. 101). — S. 273 N. 1 findet sich ebenfalls ein durch mehrfache kleine Fehler verunziertes Citat,

Digitized by Google

wesen sei, „irgend etwas aus den Verhandlungen der von Gregor XV. zur Fertigung der Papstwahlbulle niedergesetzten Congregation aufzufinden“ (S. 265).[1]) Unter solchen Umständen erschien es wohl nicht ungerechtfertigt, (in m. Abhandlung: „Die Bulle Aeterni patris filius und der staatliche Einfluß auf die Papstwahlen“, Arch. f. kath. Kirchenrecht, LXXII) darzulegen, ein wie großes Quellenmaterial sich in römischen Archiven thatsächlich über jene Bulle vorfinde, wobei S. leider der Vorwurf nicht erspart bleiben konnte, daß ihm dies bedeutende Material eben nur mangels gründlicher Forschung unbekannt geblieben sei. Ich muß diese Ansicht zu meinem Bedauern auch hier aufrecht erhalten und bemerke im Uebrigen, daß derselbe Vorwurf der Flüchtigkeit auch schon von anderer Seite und mit Bezug auf ein anderes Forschungsgebiet wider S. erhoben wurde (vgl. Holder im Arch. f. kath. Kirchenr. LXXIII, S. 476—479).

welches dem nicht informirten Leser ganz unverständlich bleiben muß, nachdem in der Mitte ein so großes Textstück ausgelassen wurde, daß der Zusammenhang zwischen Anfang und Ende völlig mangelt. Ich glaube durch Mittheilung dieser Daten mein obiges Urtheil zur Genüge erhärtet zu haben.

[1]) S. stand der Vorgeschichte der Bulle so fremd gegenüber, daß er die eigentliche Ausarbeitung derselben für ein Werk weniger Tage und das Publicationsconsistorium vom 15. November 1621 — welches sich auch schon bei Lämmer, Meletematum Romanorum Mantissa, S. 243 citirt findet — für den Anfangspunkt der Ausarbeitung ansah; worauf dann die Publication „schon am 26. November 1621“ erfolgt wäre. Ueber die Art und Weise, in welcher S. diesen seinen früheren Irrtum — der einfach daher kam, daß S. die von ihm beinahe wörtlich abgeschriebene Darstellung Phillips' (vgl. Phillips Kirchenrecht, V. 850 und Sägmüller a. a. O. 260—61) mit der Lämmer'schen Notiz schlecht combinirte — in seiner neueren Abhandlung (S. 33, N. 1) zu „verbessern“ sucht, wollen wir mit nachsichtigem Stillschweigen hinweggehen. Wenn er aber behauptet, ich selbst hätte mir obige Stelle „bei Lämmer gar nicht angesehen“, so verweise ich darauf, daß ich nicht nur („Die Bulle Aeterni patris filius“, S. 17 N. 2) den Wortlaut der von Lämmer citirten päpstlichen Allocution im Consistorium vom 15. November 1621 vollinhaltlich gebracht, sondern auch hiezu angemerkt habe, aus welcher Quelle Lämmer denselben bezog; beides hätte ich aus S.'s Publicationen gewiß nicht herholen können. Es stellt sich demnach seine eben erwähnte Behauptung entweder als eine tendenziöse Verdrehung der Wahrheit, oder als abermaliger Beleg für die Oberflächlichkeit seines Arbeitens dar.

Digitized by Google

Eben genannte Abhandlung veranlaßte nun wieder die Eingangs an zweiter Stelle aufgeführte Gegenschrift, in welcher S. seiner etwas gereizten Stimmung einen nicht gerade sympathischen Ausdruck verlieh.

Gleich zu Beginn wird mir auf einer einzigen Seite (S. 4): ungenügende Kenntnis der geschichtlichen Thatsachen, unrichtige Interpretation, das Nichtbemerken bemerkenswerther Momente, Mangel einer zum Mindesten erträglichen historischen Darstellung der Papstwahlen, vorwiegende Benutzung unzuverlässiger Conclavenberichte, secundärer Literatur, ungenügenden Materials, spärliche Ausbeute ꝛc. vorgeworfen und diese Art der „Beweisführung", welche darthun soll, daß die Bulle „Aeterni patris filius" dennoch ein strictes Verbot des staatlichen Exclusionsrechtes enthalte, zieht sich wie ein rother Faden durch die ganze Schrift. All' das kann mich nun natürlich weder veranlassen, in den Ton Sägmüller's zu verfallen, noch auch seine Ansicht hier abermals zu widerlegen. Im Gegentheil, da S. sich auch gleichzeitig (S. 5) der „viel breiteren Grundlage" seiner eigenen Darstellung rühmt und (S. 4) auf seine „persönliche Selbstachtung" hinweist, welche ihm die Feder in die Hand drücke, so gebe ich hier mit Vergnügen zu, daß sowohl die persönliche Selbstachtung, als auch die breite Darstellung Sägmüller's für mich über jeden Zweifel erhaben ist. Speciell die letztere ließe eine eingehende Erörterung seiner letzten Schrift als reine Raumverschwendung erscheinen, denn sie enthält zum größten Theile ganz dasselbe, was sich bereits in S.'s früheren Publicationen findet. Von den 64 Seiten seiner neuen Abhandlung enthalten circa 25 Seiten wörtliche Wiederholungen und Citate, darunter Seiten lange Textcitate (vgl. S. 6—8) aus dem „Conclavi dei Pontefici", der allerbekanntesten Sammlung jener „unzuverlässigen Conclavistenberichte", deren Benützung S. unmittelbar vorher seinem Gegner so sehr verübelte. In seinem erstgenannten Buche citirt S. (S. 261 ff.) sehr ausführlich den Tractat des Ghetti; das ganze endlose Citat kehrt Wort für Wort in der Abhandlung (S. 50 ff.) wieder. Aehnliches geschieht (S. 10 ff.) mit Darstellung einer

Digitized by Google

Scene aus dem Conclave Gregor's XV., auf welche sich S. ganz besonders stützt, und deren Bedeutung er dahin zusammenfaßt, daß ein hervorragender Cardinal dem französischen Gesandten den Rath ertheilt habe, „die Exclusive im Namen des französischen Königs in das Wahlcollegium hineinzuwerfen". An diesem „erdrückenden Beweise" für den damaligen Bestand des Exclusionsrechtes findet S. solches Gefallen, daß er ihn in seinen beiden Publicationeu achtmal (S. 233, 254, 269, 271 und S. 12, 27, 36, 55) wiederkehren läßt.

Ich habe S.'s Auffassung in diesem Punkte bereits einmal für irrig erklärt; der von ihm hiefür verlangte Beweis ist etwa folgender: Nach dem Tode Paul's V. steht, wie S. uns (S. 231) berichtet, der französische Gesandte ohne Unterstützung französischer Cardinäle, ohne specielle Instructionen, ohne Hilfsmittel dem übermächtigen Nepoten Cardinal Borghese gegenüber. Der erste Candidat des letzteren ist Cardinal Campora und gerade dessen Wahl soll der Gesandte hintertreiben „In dieser Noth sah der Marquis die einzige Rettung noch im Anschlusse an den Cardinal Aldobrandini, den Nepoten des gegen Frankreich so väterlich gesinnten Clemens VIII., der über eine ansehnliche Partei verfügte und das Haupt der Exclusionspartei werden sollte". Aldobrandini also übernimmt die Ausschließung Camporas; in der Folge aber schwer erkrankt, läßt er gerade am Tage des Conclavebeginnes den Gesandten zu sich rufen und eröffnet ihm, daß er nicht im Stande sei, vom Bette aufzustehen, zu agitiren und sich zum „Chef der Exclusion" zu machen, es sei daher nöthig, die Exclusion im Namen des Königs zu machen — „et qu'il étoit necessaire, de la faire au nom du Roi". Vor allem muß hier nun hervorgehoben werden, daß ein „Hineinwerfen der Exclusion in die versammelte Wählerschaft durch den Gesandten" und was dergleichen volltönende Phrasen mehr sind, sich nur schwer mit dem simplen Ausdruck „facere exclusionem" vereinigen läßt. Des Ferneren ist in der benützten Quelle absolut nicht davon die Rede, daß der französische

Digitized by Google

Gesandte die Exclusion machen solle, sondern es heißt ohne jede Personsbestimmung blos, die Exclusion solle im Namen des Königs gemacht werden. Der Sachverhalt ist also überaus einfach. Was der französische Gesandte nicht im Stande war, sollte ursprünglich für ihn Cardinal Aldobrandini thun; die von Frankreich gewünschte Exclusion Campora's sollte im Conclave das Werk Aldobrandini's sein, er sollte als Führer der Exclusionspartei auftreten, in seinem Namen sollte die Exclusion gemacht werden. Dies wird nun durch die schwere Erkrankung Aldobrandini's vereitelt, und so bemerkt denn letzterer dem Gesandten, die Exclusion möge im Namen des Königs gemacht werden, d. h. was eine Exclusion Aldobrandini's hätte scheinen sollen, soll nun als das in Scene gehen, was es wirklich ist, nämlich als eine Exclusion Frankreichs. Nicht der Einfluß Aldobrandini's, sondern die offene Abneigung des französischen Königs gegen Cardinal Campora soll für die zusammenzubringende Exclusionspartei als Motiv der Ausschließung Campora's gelten. Ist Aehnliches etwa neu? Wurden nicht auch schon früher weltliche Exclusionen in der Art gemacht, daß die betreffenden Instructionsträger eine entsprechende Anzahl von Cardinälen veranlaßten, diesen oder jenen Candidaten nicht zu wählen, weil ihn der eine oder andere König nicht zum Papste wünsche? Und spricht die Conclavengeschichte in solchen Fällen nicht unzählige Male von Exclusionen im Namen des französischen oder spanischen Königs? — Allerdings ist der Rath Aldobrandini's sehr bemerkenswerth, aber nicht als Beleg für das Vorhandensein eines Exclusionsrechtes, sondern als Beleg für die fortschreitende Ausbildung der offenen politischen Stimmenexclusive (in diesem Sinne vgl. auch Lector, p. 543, n. 1).

Es ist meiner subjectiven Ansicht nach einer der größten Fehler der Theorie S.'s, daß dieselbe fortwährend die Begriffe „offene Exclusion" und „formelle rechtliche Exclusion" zusammenwirft. Wo immer sich in den Quellen Anzeichen der ersteren finden, da hält S. ohne weiteres das Vorhandensein der letzteren für erwiesen.

Digitized by Google

Ganz besonders deutlich zeigt sich dies an nachstehendem Beispiel.

In meiner vorgenannten Abhandlung (S. 34) wurde unter anderem auch eine Schrift des Cardinals F. Borromeo publicirt. Daselbst findet sich gelegentlich die Meinung vertreten, die Fürsten würden bei Einführung des geheimen Scrutiniums mancherlei Gefahren vermeiden, denen sie sich aussetzten, wenn sie irgend eine Candidatur offen bekämpften — „dum palam aliquem oppugnandum retrahendumque suscepere". Dem wird dann noch beigefügt: „Cum enim ipsis invitis ille postea pontifex erit factus nec damno nec solicitudine carebunt". Offene Bekämpfung und Zurückdrängung eines Candidaten — sagt also der Autor hier — zieht natürlich dessen Feindschaft und hiemit eventuell großen Schaden nach sich. Man vergleiche nun hiezu S. Ohne den meisten der zahlreichen anderen mitgetheilten Quellen nur ein Wort der Beachtung zu schenken, ohne auch nur den sonstigen Inhalt eben derselben Schrift genügend zu würdigen, wirft sich S. auf den eben erwähnten Passus, übersetzt das „palam oppugnandum retrahendumque suscepere" mit „die offene Exclusion eines Candidaten wagen" (S. 18) und constatirt hierin gleichfalls wieder einen Beweis für den Bestand des staatlichen Vetorechtes. Aus diesem und anderem werden dann noch weitere Consequenzen gezogen, mir wird zur Abwechslung wieder einmal (S. 22—23) eine „ungenügende", „unrichtige", „gekünstelte" Darstellung vorgeworfen, ferner mir unterschoben, daß ich — dort, wo ich lediglich mit anderen Worten eine schon in meinem Ausschließungsrecht enthaltene Ansicht wiederholte — von meinem Standpunkte zurückweiche (S. 23), mich zu Concessionen genöthigt sehe (S. 24), sodann Lector, der meine Ansicht theilt, der Unselbständigkeit geziehen (S. 26 N. 1) ꝛc.

Wie gesagt, ich bin unfähig, Herrn S. auf diesem Wege zu folgen und überlasse das Endurtheil gerne dem unbefangenen Dritten. Wäre auch S. ein klein wenig unbefangener, so hätte er vielleicht herausfinden können, daß gar kein Anlaß vorlag, Lector und mich

Digitized by Google

der Unkenntnis oder Unselbständigkeit zu bezichtigen, daß vielmehr die ganze Differenz zwischen unserer und seiner Auffassung sich lediglich als Interpretationsfrage darstellt. Lector und ich kennen die historischen Thatsachen wohl eben so gut als S., aber wir vermögen sie eben nicht in jenem Sinne auszulegen, wie er es thut. Ohne Zweifel hat auch die Sägmüller'sche Combination des ganz ex abrupto entstandenen staatlichen Rechtsanspruches auf die Exclusive mit der Stimmenexclusion im Conclave zum mindesten etwas Befremdendes an sich. Wer eine stimmkräftige Partei im Conclave besitzt, der bedarf zur Erreichung seiner Absichten keines Exclusionsrechtes, und wer andererseits in einem bestimmten Falle einen Rechtsanspruch auf die Exclusive erhebt, der verzichtet für eben diesen Fall auf die Inanspruchnahme der Stimmenexclusion. So sollte man doch glauben. S. aber construirt einen Rechtsanspruch Karl's V., der sich „eben erst nur durch die betreffende staatliche Partei im Cardinalcollegium und deren Umtriebe" geltend machte (S. 34); er construirt einen Rechtsanspruch Philipp's II., der zwar „an und für sich dem Wahlcolleg gegenüber noch keine rechtliche Kraft besaß", aber eine solche nach dem Willen Philipps und seiner Geschäftsträger besitzen sollte (S. 248). Aehnliche Aeußerungen, sowie überhaupt die ganze Art und Weise, in welcher S. die Rechtsfrage anzufassen sucht, bedürfen m. E. weniger der Widerlegung als der Entschuldigung, und letztere ist wohl in dem Umstande zu finden, daß unserem Autor ein Verständnis wesentlicher juristischer Grundbegriffe etwas ferne liegt.

Damit glaube ich, Inhalt und Form der genannten Schriften genügend charakterisirt zu haben. Was den derzeitigen Stand der Literatur über die Exclusive im Allgemeinen betrifft, so dürfte sich m. E. bis etwa zur Mitte des 17. Jahrhunderts wesentlich neues Material kaum mehr in größerer Menge bringen lassen. In dieser Hinsicht könnten also wohl schon bestimmte Resultate formulirt werden; (die Stimmen der Kritik haben sich bisher zum größeren Theile

Digitized by Google

gegen die Sägmüller'sche Auffassung ausgesprochen). Dagegen wird mit Bezug auf die Geschichte der Exclusive in der zweiten Hälfte des 17. und im 18. Jahrhundert durch Publication neuen Quellenmaterials noch viel zur Klärung beizutragen sein[1]). Ebensowenig halte ich die Erörterung der wichtigen Gewohnheitsrechtsfrage für abgeschlossen. Meine letzte Abhandlung bezweckte lediglich, das Verhältnis der Bulle „Aeterni patris filius" zu dieser Frage auseinander zu setzen, es müssen aber offenbar auch noch die späteren Wahlbullen und manche andere Momente eingehend in Betracht gezogen werden. Sollte hiedurch meine eigene — zwar mehrfach angezweifelte, aber noch durch keine andere positive Construction ersetzte — Auffassung der Exclusive vom gewohnheitsrechtlichen Standpunkte in überzeugender Weise widerlegt werden, so werde ich mich mit Vergnügen eines Besseren belehren lassen. Dagegen scheinen mir weitere Auseinandersetzungen mit Sägmüller, falls derselbe die Art seiner Beweisführung und Polemik nicht gründlich ändert, keinen wissenschaftlichen Gewinn bringen zu können und werden daher meinerseits unterbleiben.

Wahrmund.

---

[1]) So besteht beispielsweise eine kleine Meinungsverschiedenheit zwischen Lector und mir betreffs der ersten zweifellosen Ausübung des Exclusionsrechtes. Ich setzte dieselbe seinerzeit in das Conclave von 1721, Lector hiegegen neuerlich in das Conclave von 1691. Welche Ansicht mehr für sich hat, wage ich hier nicht zu entscheiden; daß Lector's Auffassung der ganzen Sachlage nach sehr wohl möglich erscheint, gebe ich gerne zu.

Digitized by Google

VIII.

Internationales Recht.

Le baron Guillaume, le mariage en droit international privé et la Conférence de la Haye, Bruxelles, Falk, 1894 (VIII & 546 p.).

Bekanntlich ist im Jahre 1893 auf Einladung der niederländischen Regierung eine offizielle internationale Conferenz im Haag zu dem Zwecke zusammengetreten, um womöglich zum mindesten über die wesentlichen Grundsätze des internationalen Privatrechtes eine Uebereinstimmung unter den verschiedenen Staaten und Gesetzgebungen anzubahnen. Unter den Berathungsgegenständen derselben spielte das internationale Eherecht eine besonders wichtige Rolle, und es gelang auch in der That, eine Anzahl von einschlägigen Thesen zu formulieren, welche den Beifall wenigstens der Mehrzahl der Mitglieder der Conferenz gefunden haben.

Diese Thatsache gab dem Legationsrathe bei der belgischen Gesandtschaft im Haag, Baron Guillaume, die Veranlassung zur Herausgabe des in der Ueberschrift genannten Werkes. Dasselbe zerfällt in zwei Abtheilungen, deren erste die Ueberschrift trägt: „Le droit international privé et la conférence de la Haye", während die zweite die Ehe im Lichte des internationalen Privatrechts betrachtet („Du mariage en droit international privé"). Das erste Kapitel der ersten Abtheilung beschäftigt sich mit Zweck und Nutzen des internationalen Privatrechtes und sucht, besonders an der Hand von Aussprüchen von auf diesem Gebiet thätig gewesenen Schriftstellern, die Nothwendigkeit seiner Aus- und Fort-

Digitized by Google

bildung darzuthun. Das zweite Kapitel schildert sodann, wie in Italien schon in den Jahren 1867, 1877 und 1885 und in den Niederlanden schon einmal vor dem nunmehr geglückten Versuche, im Jahre 1874, Anstrengungen gemacht worden sind, um die übrigen Staaten Europas zu einem einheitlichen Zusammenwirken in diesem Sinne zu bestimmen. Das dritte Kapitel ist sodann, mit Rücksicht auf seine Verdienste um die Entwicklung des internationalen Privatrechts, dem Institut de droit international gewidmet, indem eine Uebersicht über dessen Arbeiten von seiner Gründung (1873) an bis zu seiner Sitzung in Genf (1892) einschließlich gegeben wird; im Anschluß hieran werden auch mit einigen Worten die Association internationale pour le progrès des sciences sociales, die Association for the reform and codification of the law of nations, sowie einige französische Zeitschriften und Werke erwähnt. Das vierte Kapitel gibt den im Jahre 1885 fertiggestellten Bericht der in Belgien niedergesetzten Kommission zur Revision des dortigen Civilgesetzbuches wieder, soweit derselbe sich auf den Einleitungstitel bezieht, der gerade mit dem internationalen Privatrecht sich beschäftigt. Der Abdruck dieser trefflichen Arbeit wird damit begründet und gerechtfertigt, daß dieselbe im Buchhandel vergriffen ist. Das fünfte Kapitel endlich enthält die Vorgeschichte, die Vorarbeiten, das Programm und das Schlußprotokoll der Haager Conferenz, in welch' letzteres deren sämmtliche Beschlüsse aufgenommen sind.

Das erste Kapitel der zweiten Abtheilung sodann reproducirt in Kürze die auf das internationale Eherecht bezüglichen Theorien von 13 namhaften Juristen, das zweite Kapitel die einschlägigen Vorarbeiten und Berathungen des Institut de droit international in seinen Sitzungen zu München (1883), Brüssel (1885), Heidelberg (1887) und Lausanne (1888), einschließlich des bei der letzteren angenommenen Reglements. Das dritte Kapitel bringt eine kurze Schilderung der Bestrebungen auf Unificirung des internationalen Privatrechtes, wie dieselben zum Ausdruck gelangten

Digitized by Google

einerseits in einem Congreß der südamerikanischen Staaten (Bolivia, Brasilien, Chili, Paraguay, Peru, Uruguay und Argentinien) im Jahre 1888 zu Montevideo sowie einer Anzahl von in Folge dessen zwischen ihnen geschlossenen Verträgen und andererseits in einem Congreß der beiden Staaten der iberischen Halbinsel und der spanisch-amerikanischen Republiken, der anläßlich der Jubelfeier der Entdeckung Amerikas im Jahre 1892 zu Madrid stattgefunden hat; auch diese beiden Versammlungen haben sich eingehend mit dem Eherecht befaßt. Das vierte Kapitel enthält eine genaue Wiedergabe der belgischen Gesetze, Verordnungen und Staatsverträge, welche sich auf das Eherecht im Allgemeinen und das internationale Eherecht im Besonderen beziehen. Das fünfte Kapitel gibt eine gedrängte Uebersicht über die einschlägige Gesetzgebung der übrigen Culturstaaten Europas, sowie des Kongostaates, der sich sodann im sechsten Kapitel ein Abdruck des Berichtes der von der Haager Conferenz mit der Vorberathung des Eherechts betrauten Commission, sodann deren Entwurfes, ferner des einschlägigen Protokolles über die Plenarberathung anreiht; den Schluß bilden einige kurze Ausführungen des Verfassers über die Tragweite der auf dieser Grundlage gefaßten Beschlüsse der Conferenz.

Das Werk macht selbst nicht Anspruch darauf, für eine wirkliche wissenschaftliche Leistung angesehen zu werden, und bezeichnet sich mit Recht mehr als eine Zusammenstellung der auf die Voraussetzungen und die Abschließung einer Ehe bezüglichen gesetzgeberischen und wissenschaftlichen Materialien. Den Anforderungen, welche man an eine solche Arbeit stellen darf, genügt es auch in der That im Ganzen und Großen; besonders gelungen sind die Auszüge, welche das erste Kapitel der zweiten Abtheilung bringt. Wünschenswerth wäre freilich gewesen, daß der Verfasser nicht mit einer fast als Absichtlichkeit erscheinenden Consequenz die deutsche Wissenschaft gänzlich unberücksichtigt gelassen hätte; denn abgesehen von Arntz, der geborner Deutscher, aber wissenschaftlich nur in Belgien und auf dem Gebiete des französischen Rechtes thätig gewesen ist, findet

Digitized by Google

sich unter den von ihm ausgezogenen 13 Autoren kein deutscher Name. Ueberdies ist die Uebersicht über die einschlägige Gesetzgebung der verschiedenen Staaten für manche derselben etwas gar zu mager ausgefallen, insbesondere ist für Deutschland nur Preußen berücksichtigt, sowie des Entwurfes zum bürgerlichen Gesetzbuche keine Erwähnung gethan; für Oesterreich-Ungarn wäre ein Hinweis auf die sog. siebenbürgischen Ehen, die zu so vielen Streitfragen Anlaß gegeben haben, sehr erwünscht gewesen; einen hervortretenden Mangel endlich bildet die gänzliche Außerachtlassung der Gesetzgebungen der amerikanischen Staaten, insbesondere auch der Einzelstaaten der Union, mit welchen die verschiedenen Länder Europa's doch in so unendlich vielen Beziehungen stehen.

Wenn es dem Verfasser darum zu thun war, ein die Materie möglichst erschöpfendes Werk zu liefern, so hätte er vielleicht auch besser gethan, mit dessen Herausgabe noch etwas zuzuwarten. Es war ihm (vergl. p. VII, p. 143, 176, 545) ja bekannt, daß die Haager Conferenz vom Jahre 1893 in ihrem Schlußprotokoll vom 27. September ausdrücklich einen wiederholten Zusammentritt behufs etwaiger Revision ihrer Beschlüsse in Aussicht genommen und daß auch die niederländische Regierung eine Einladung zu diesem Zwecke, sowie zum Weiterausbau des begonnenen Werkes für den 25. Juni 1894 an die verschiedenen Staaten erlassen hatte. Die uns vorliegenden offiziellen Aktenstücke und Protokolle dieser zweiten Conferenz lassen nun ersehen, daß gerade die eherechtlichen Beschlüsse neben einer redactionellen auch eine sachliche Abänderung erfahren haben; letzteres, indem auch der Ehebruch für den Fall, daß derselbe von den Heirathscandidaten miteinander verübt worden, unter die trennenden Ehehindernisse Aufnahme gefunden hat. Und außerdem sind auch Regeln über den Einfluß der Eheschließung auf die persönliche Rechtsstellung der Ehefrau und der Kinder, sowie über Ehetrennung und Ehescheidung vereinbart worden. Der Umstand allein, daß das Werk auch schon für die (28) Delegirten der (14) bei der Conferenz von 1894 vertretenen Staaten ein erwünschtes

Digitized by Google

Hilfsmittel bilden konnte, genügt wohl nicht, um den vorzeitigen Abschluß desselben zu rechtfertigen.

Wenn sodann (p. 368) das preußische Civilehegesetz bereits in das Jahr 1847 statt 1874 verlegt wird, so ist dies wohl nur ein Druckfehler; schon eine Ungenauigkeit, wenn (p. 370) es dem Verfasser nicht bekannt zu sein scheint, daß das Strafgesetzbuch für den norddeutschen Bund sich schon längst und nach sehr kurzer Zeit in ein solches für das deutsche Reich verwandelt hat; unzutreffend aber ist (p. 380) die Uebersetzung von Nothcivilehe mit mariage civil nécessaire anstatt subsidiaire.

Abgesehen von diesen und ähnlichen Bedenken aber ist der der Herausgabe des Werkes selbst zu Grunde liegende Gedanke, die bisherigen Vorarbeiten je für eine Materie des internationalen Privatrechtes in übersichtlicher Weise zusammenzustellen, als ein sehr glücklicher zu bezeichnen. Es wäre nur zu wünschen, daß derselbe zunächst wenigstens auch für die weiteren von den Haager Conferenzen bearbeiteten Gebiete des internationalen Civilprozeßrechtes (besonders Zustellungs- und Requisitionswesen, Sicherheitsleistung für die Prozeßkosten und Armenrechtswesen), des internationalen Concursrechtes, des internationalen Erbrechtes und des internationalen Vormundschaftsrechtes für Minderjährige Durchführung fände.

Heinrich Harburger.

Digitized by Google

Seite

5. Beling, E., Retorsion und Compensation von Beleidigungen und Körperverletzungen. Theil I. Breslau. 1894. Schletter 127
6. I. Beling, Dr. jur. Ernst, Die Wiedereinführung der Berufung in Strafsachen. Breslau. 1894. Schletter 133
II. Mamroth, Dr. Ernst, Die Gefahren der neuen Novelle zum Gerichtsverfassungsgesetz u. zur Strafproceßordnung. Breslau. 1894. Schletter 133
7. von Krafft-Ebing, R. Freiherr, Der Konträrsexuale vor dem Strafrichter. Wien. 1894. Franz Deuticke 135

VI. Staatsrecht.

Laband, Paul, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches. Dritte, verbesserte und vermehrte Auflage in zwei Bänden. Freiburg i. B. 1895. Akademische Verlagsbuchhandlung von J. C. B. Mohr . . 137

VII. Kirchenrecht.

1. Hägmüller, Dr. J. B., Die Papstwahlbullen und das staatliche Recht der Exclusive. Tübingen. 1892 140
2. Derselbe, Das Recht der Exclusive in der Papstwahl. Mainz. 1895 . 140
3. Lucius Lector, Le Conclave. Paris. 1894 140

VIII. Internationales Recht.

Guillaume, le Baron, le mariage en droit international privé et la Conférence de la Haye. Bruxelles. 1894. Falk 156

Die bisher im Verlage von R. Oldenbourg erschienene

Kritische Vierteljahresschrift

für

Gesetzgebung und Rechtswissenschaft

ist mit der **Dritten Folge** an die unterzeichnete Verlagshandlung übergegangen. In die Redaktion, welche zuletzt von den Herren A. von Bechmann und M. von Seydel geführt wurde, sind die anderen auf dem Umschlagtitel genannten Mitglieder der Münchener Juristenfakultät eingetreten.

Die Beiträge der Herren Mitarbeiter werden honorirt. Dieselben erhalten 10 Separatabzüge ihrer Beiträge ohne besondere Paginirung gratis geliefert und nach Erscheinen des betreffenden Heftes von der Verlagshandlung franko zugesandt. Eine größere Anzahl von Separatabzügen kann nur nach Verständigung mit der Verlagshandlung angefertigt werden. Die Manuskripte müssen in vollständig druckfertigem Zustand eingeliefert werden.

Die Zeitschrift erscheint jährlich in 4 Heften à 10 Bogen, welche einen Band bilden. Der Abonnementspreis eines Bandes beträgt M. 14.—.

Einzelne Hefte werden nur zu erhöhtem Preise abgegeben. Abonnements nehmen alle Buchhandlungen und Postanstalten entgegen.

Recensionsexemplare bittet man an die Zweigniederlassung der Unterzeichneten in Leipzig, Querstraße 21 einzusenden.

Freiburg i. B., 1. Juli 1895.

Akademische Verlagsbuchhandlung von J. C. B. Mohr

(Paul Siebeck)

in Freiburg i. B. und Leipzig.

Digitized by Google

Akademische Verlagsbuchhandlung von J. C. B. Mohr (Paul Siebeck)
in Freiburg i. B. und Leipzig.

Das Staatsrecht
des
Deutschen Reiches.

Von

Dr. **Paul Laband,**
ord. Professor des deutschen Rechts an der Universität Straßburg.

Dritte, verbesserte und vermehrte Auflage.

2 Bände.

Lex. 8. 1895. M. 42.—. In Halbfranz gebunden M. 47.—.

Das
Staatsrecht des Deutschen Reiches.

Von

Dr. **Paul Laband,**
ord. Professor des deutschen Rechts an der Universität Straßburg.

Zweite, verbesserte und vermehrte Auflage.

Lex. 8. M. 7.50. Geb. M. 8.50.

(Aus Handbuch des Oeffentlichen Rechts II. 2. Auflage.)

Republik und Monarchie.

Von

Dr. **Edm. Bernatzik,**
Professor an der Universität Basel.

8. M. 1.40.

Ueber Parität.

Von

Dr. **W. Kahl,**
Geheimem Regierungsrath und Professor der Rechte in Berlin.

8. 1895. M. —.80.

Die
Konfession der Kinder aus gemischter Ehe.

Zu den Vorschlägen
über die Kodifikation des deutschen bürgerlichen Rechts.

Von

Dr. **W. Kahl,**
Geheimem Regierungsrath und Professor der Rechte in Berlin.

8. 1895. M. 1.20.

Actio de in rem verso,

zugleich ein Beitrag zur Lehre von der Geschäftsführung

von

Dr. **A. von Tuhr,**
o. ö. Professor des römischen Rechts in Basel.

8. 1895. M. 7.—.

Druck von C. A. Wagner in Freiburg i. B.

Digitized by Google

Kritische Vierteljahresschrift

für

Gesetzgebung und Rechtswissenschaft

herausgegeben von

DrDr. **A. von Bechmann, F. Hellmann, K. von Maurer, M. von Seydel** und **E. Ullmann,**
Professoren der Münchener Juristenfakultät.

(Fortsetzung der kritischen Ueberschau der deutschen Gesetzgebung und Rechtswissenschaft und der Heidelberger kritischen Zeitschrift.)

Dritte Folge. Band II.

(Der ganzen Folge XXXVIII. Band.)

Zweites Heft.

Freiburg i. B. und Leipzig, 1896.
Akademische Verlagsbuchhandlung von J. C. B. Mohr
(Paul Siebeck).

Mit Beilagen von J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) in Freiburg i. B. und Leipzig.

Digitized by Google

Inhalt.

I. Civilrecht. Seite

1. Hertmann, P., Der Vergleich im gemeinen Civilrecht. Berlin. 1895. Heymann. Von O. Geib 161
2. Merkel, Dr. Rudolf, Die Kollision rechtmäßiger Interessen und die Schadensersatzpflicht bei rechtmäßigen Handlungen. Im Hinblick auf den Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich in zweiter Lesung. Straßburg. 1895. Trübner. Von W. von Blume 199
3. Pavlicek, Dr. Anton, Das Pfandbriefrecht. Wien. 1895. Manz. Von Pöhlmann 214
4. Blume, W. von, Novation, Delegation und Schuldübertragung. Göttingen. 1895. Von Danz 217
5. Crome, Dr. Karl, Handbuch des französischen Civilrechts begründet von Zachariae von Lingenthal. 8. vermehrte und verbesserte Auflage. In 4 Bänden. Freiburg. 1894/95. Ernst Mohr. Von Cretschmar . 221

II. Strafrecht.

Engelmann, Dr. jur. Woldemar, Die Schuldlehre der Postglossatoren und ihre Fortentwicklung. Eine historisch-dogmatische Darstellung der kriminellen Schuldlehre der italienischen Juristen des Mittelalters seit Accursius. Leipzig. 1895. Duncker & Humblot. Von Richard Loening 226

III. Staatsrecht.

1. Mayer, Otto, Deutsches Verwaltungsrecht. 1. Band. Leipzig. 1895. Duncker & Humblot. Von M. von Seydel 262
2. Meyer, Georg, Der Staat und die erworbenen Rechte. Leipzig. 1895. Duncker & Humblot. Von M. von Seydel 272
3. Jellinek, Georg, Die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte. Ein Beitrag zur modernen Verfassungsgeschichte. Leipzig. 1895. Duncker & Humblot. Von M. von Seydel 274
4. Hontag, Ernst, Der besondere Schutz der Mitglieder des deutschen Reichstages und der deutschen Landtage gegen Strafverfolgung und Verhaftung. Breslau. 1895. Köbner. Von M. von Seydel 277
5. Merlo, C., Landgerichtsrath a. D., Die Ungesetzlichkeit der die Straßenreinigung betreffenden Polizeiverordnungen und Ortsstatute. Köln. 1894. Neubner. Von M. von Seydel 279
6. Ruser, B. E., Landgerichtsrath a. D., Die Trottoirfrage im Lichte der in der bayerischen Pfalz geltenden Gesetze. Ludwigshafen. 1895. Biller. Von M. von Seydel 279
7. Landmann, Robert v., k. bayer. Staatsminister des Innern für Kirchen- und Schulangelegenheiten, Die Gewerbeordnung für das Deutsche Reich, unter Berücksichtigung der Gesetzgebungsmaterialien, der Praxis und der Litteratur erläutert und mit Vollzugsvorschriften herausgegeben. 2. völlig umgearbeitete Auflage. München. 1895. Beck. Von R. Piloty 280
8. Bödiker, Dr. T., Präsident des Reichsversicherungsamtes, Die Arbeiterversicherung in den europäischen Staaten. Leipzig. 1895. Duncker & Humblot. Von R. Piloty 292
9. Cahn, Das Reichsgesetz über die Erwerbung und den Verlust der Reichs- und Staatsangehörigkeit vom 11. Juni 1870. Zweite vermehrte und verbesserte Auflage. Berlin. 1896. Guttenberg. Von Dr. Fuld . 294

IV. Zeitschriften-Uebersicht 298

Digitized by Google

I.

Civilrecht.

1. P. Oertmann, Der Vergleich im gemeinen Civilrecht. Berlin, Carl Heymann's Verlag, 1895. VIII, 287 S. 8°.

Der Versuch einer Neubearbeitung der Lehre vom Vergleich bedarf, wie Oe. mit Recht bemerkt, keiner Rechtfertigung. Das Buch von Risch ist zwar noch neuestens von Bülow als gründlich und feinsinnig gerühmt worden. Aber seit dem Erscheinen dieser Monographie sind vierzig Jahre verstrichen. Während dieser Zeit sind gerade in der Lehre vom Vergleich viele Einzelfragen durch neuere Untersuchungen erst zur Sprache gebracht oder wenigstens in ein ganz anderes Licht gerückt worden. Dadurch ist eine Reihe neuer Probleme aufgetaucht, die durch die Schrift von Sturm, die Lehre vom Vergleiche nach gemeinem und preußischem Rechte, Berlin 1889, nach Oe.'s wohlbegründetem Urtheil keineswegs bewältigt worden sind. Auch Oe.'s Werk läßt manche Schwierigkeiten ungelöst und wohl auch unentdeckt. Dies liegt gradezu im Plan der umfassenden Arbeit, die ihren Abschluß finden soll erst in einem zweiten der processualen und concursrechtlichen Seite der Lehre, sowie der Behandlung des Vergleichs in den modernen Gesetzgebungen gewidmeten Theil. Denn der Verf. geht bei seinem Werk nicht darauf aus, bisher unberücksichtigt gelassene Fragen neu zu stellen oder verborgene Schwierigkeiten aufzustöbern, vielmehr ist es ihm ausgesprochenermaßen zu thun um „eine Zusammenstellung und Sichtung des vorhandenen Materials, sowie eine Nachprüfung der aufgestellten Lehren."

Digitized by Google

Reiche Belehrung ist zu schöpfen aus der von Oe. gebotenen Behandlung des ersten Theils dieser Aufgabe. Das Quellenmaterial und die neuere Literatur sind vollständig berücksichtigt; auf die älteren Bearbeitungen der Lehre wird nur bei den wichtigsten oder wenigstens besonders vielfach verhandelten Controversen mit geschickter Auswahl verwiesen. Sehr dankenswerth sind ferner die reichhaltigen und interessanten Nachweise aus der Rechtsprechung.

Was den zweiten Theil der Aufgabe, nämlich die Revision der bisherigen Lehre betrifft, so ist auch hier Anerkennenswerthes geleistet worden, indem auf Mängel der seither aufgestellten Theorien vielfach treffend hingewiesen und dadurch mannigfache Anregung zu weiteren Untersuchungen gegeben wurde. Dagegen meinen wir, daß Verf. bei der Frage, was schließlich als gesichertes dogmatisches Ergebniß wenigstens vom heutigen wissenschaftlichen Standpunkt aus gelten zu lassen sei, seinen Vorgängern und sich selbst gegenüber nicht immer skeptisch genug verfahren ist und daß deshalb seine Resultate bei genauem Zusehen hie und da weniger befriedigend erscheinen, als man dies beim ersten Lesen der übersichtlich disponirten, gewandt geschriebenen und leicht lesbaren Darstellung wohl anzunehmen geneigt war.

Das erste Capitel geht nach einer kritischen Würdigung der vorhandenen Begriffsbestimmungen in den Quellen und der Literatur, von denen keine als vollkommen befriedigend befunden wird, an die Aufstellung einer neuen Definition des Vergleiches. Dabei gelangt Oe. zu folgendem Ergebniß: „Vergleich ist der entgeltliche Vertrag zur Beseitigung der in Beziehung auf ein Rechtsverhältniß der Parteien untereinander oder einer Partei mit dritten bestehenden rechtlichen oder öconomischen Ungewißheit.“ Was unter der Ungewißheit des zu bestimmenden Verhältnisses genauer zu verstehen sei, darüber gibt das vierte von den Voraussetzungen des Vergleiches handelnde Capitel weitere Aufklärung. Mit großer Entschiedenheit wird hier betont nicht nur, was in der Definition

Digitized by Google

zum Ausdruck gebracht ist, daß die Ungewißheit, deren Beseitigung durch den Vergleich bezweckt wird, rechtlicher oder ökonomischer Natur sein könne, sondern auch, was aus der Definition an sich noch nicht zu entnehmen ist, daß diese Ungewißheit nur subjectiv, nicht auch objectiv vorhanden sein müsse.

In beiden Beziehungen können wir nicht beistimmen. Ist die Ungewißheit lediglich in Ansehung der Realisirung und nicht etwa auch in Beziehung auf die Existenz (was nicht nur bei bestrittenen, sondern auch bei bedingten Rechtsverhältnissen zutrifft L. 11 C. de transactionibus 2, 4) oder den Umfang des Anspruchs (wie z. B. bei einer Leibrentenberechtigung L. 8 D. h. t. 2, 15) vorhanden, steht also, daß und was anzusprechen sei, vollständig fest, so ist zwar ein einseitiger Nachlaß dieses Anspruches aber nicht ein Verzicht gegen Aequivalent transactionis causa möglich.

Wird auf einen bestrittenen Anspruch theilweise verzichtet, so ist das, wenn dafür der Rest anerkannt wird, nicht Schenkung. Für den Erlaß bekommt der Verzichtende etwas: er erhält, was er bis dahin nicht hatte, nämlich einen unbestrittenen Anspruch.

Ist jedoch die Existenz eines Anspruches unbestritten und nur die Realisirung desselben zweifelhaft, so kann der entgeltliche Verzicht auf diesen Anspruch Novation oder datio in solutum sein, vergleichshalber aber selbst dann nicht erfolgen, wenn damit auch für den Verzichtenden ein Vortheil verknüpft ist. Denn dafür, daß sich der Anspruchsberechtigte mit einem aliud begnügen will, hat dieser kein Aequivalent bekommen, auch wenn solches aliud dem ursprünglichen Anspruch gegenüber nach gewisser Richtung ein plus darstellen sollte. Zwar kann der Verzichtende auch hier sagen: ich lasse einen Theil meines unsicher realisirbaren Anspruchs nach, „dafür" bekomme ich wenigstens für einen Theil desselben sicher Zahlung; oder: ich verzichte auf Zahlung, „dafür" bekomme ich anderweitige Satisfaction. Allein was solchenfalls der Verzichtende noch erhält, das wird ihm nicht als Aequivalent

Digitized by Google

für seinen Nachlaß transactionis causa, sondern als Zahlung bezw. datio in solutum auf seine ursprüngliche oder umgestaltete Forderung hin solutionis causa geleistet. Der Erlaß eines Theiles der Schuld oder die Concedirung von Zahlungserleichterungen (Bewilligung von Ratenzahlung, Stundung ꝛc.) oder die Bereitschaftserklärung, ein minus oder aliud als Satisfaction für die ganze Forderung anzunehmen, kann ja freilich aus egoistischem Motiv erfolgen. Das Vorhandensein desselben ändert aber daran nichts, daß, soweit freiwillig nachgelassen worden ist, für diesen Nachlaß der Gläubiger jedenfalls transactionis causa keinerlei Aequivalent bekommen hat. Dies trifft selbst dann zu, wenn die Leistung desjenigen, welchem ein Theil nachgelassen wurde, in einem Verzicht auf einen Gegenanspruch besteht, wie z. B. bei der vertragsmäßigen Compensation einer nicht sicher beitreibbaren aber feststehenden Forderung von 1000 gegen eine leichter oder völlig sicher realisirbare Gegenforderung von 700. Der Verzicht auf die 700 erfolgt auch hier nicht transactionis, sondern solutionis causa. Mußte aber von demjenigen, welchem ein Theil seiner Verpflichtung erlassen worden war, einem anderen als dem Verzichtenden etwas geleistet werden, damit der Verzicht erfolge oder aufrecht erhalten bleibe, so ist das wiederum nicht Entgelt für den Verzicht, sondern Erfüllung der Bedingung bezw. Auflage, unter welcher geschenkt worden war.

Daher fallen die post rem iudicatam, ohne daß auf's Neue Streit oder Ungewißheit über Existenz, Giltigkeit oder Umfang des Urtheiles entstanden ist, noch heute vielfach vorkommenden Abfindungen ebensowenig unter den Begriff des Vergleichs, wie die von Oe. im zweiten der geschichtlichen Entwicklung gewidmeten Capitel als Vergleiche aufgefaßten pacta, durch welche sich bei der iniuriarum actio und der actio furti nach den Zwölftafeln der Thäter mit dem Verletzten abfinden konnte.

Zwar kann, auch wenn Existenz, Giltigkeit und Umfang der Verurtheilung beiderseits anerkannt und objectiv gewiß sind, un-

Digitized by Google

zweifelhaft doch noch Ungewißheit vorhanden sein, nämlich über die Realisirbarkeit der obligatio iudicati. Allein, soferne der condemnatus kein Rückforderungsrecht bezüglich des in Gemäßheit des Judicats zu Zahlenden wegen Nichtigkeit oder Nichtexistenz des Urtheiles behauptet, ist er auch nicht im Stand, durch Verzicht auf diesen Anspruch seinem Gläubiger ein Aequivalent zu bieten, sei es dafür, daß dieser von der Vollstreckung abstehe, sei es dafür, daß ihm, dem condemnatus, ein Theil der Judicatsschuld erlassen werde, was übrigens im römischen Recht auf directem Wege nicht bewerkstelligt werden konnte. Hatte sich der Gläubiger nur zur Einstellung der Zwangsvollstreckung herbeigelassen, so ist nicht einmal von seiner Seite auf sein Recht Verzicht geleistet worden — denn die obligatio iudicati behält solchenfalls der Gläubiger unverändert. Ist aber von dem Gläubiger ein Theil seines Guthabens dem verurtheilten Schuldner in der That nachgelassen oder eine Leistung, die nicht Erfüllung ist, als Satisfaction angenommen worden, so fehlt es ja allerdings an einem Verzicht auf Seiten des Siegers im Processe offenbar nicht, aber solcher Verzicht ist unter den vorausgesetzten Umständen donationis nicht transactionis causa erfolgt (L. 1 D. h. t.). Denn war die obligatio iudicati unbestritten, so hat der Gläubiger für diesen seinen theilweisen Verzicht bzw. für die Annahme eines aliud oder minus als Satisfaction keinerlei Aequivalent bekommen. Er hat sich zufrieden gegeben, vielleicht weil er hoffte auf diese Weise mehr zu bekommen, als wenn er von seinem Recht vollen Gebrauch gemacht hätte. Dieses egoistische Motiv schließt aber das Vorhandensein der causa donationis keineswegs aus. Dieser innerlich begründete Unterschied zwischen den Nachlaßverträgen einerseits und den Vergleichen im eigentlichen Sinn andererseits ist so durchgreifend, daß in der Theorie beide Geschäfte scharf auseinander gehalten werden müssen, obgleich im modernen Sprachgebrauch der Gesetze und der Judicatur sowohl das eine als das andere als Vergleich bezeichnet zu werden pflegt. Beim Nachlaß-

Digitized by Google

vertrag ist es dem Gläubiger lediglich darum zu thun, seinen unbestrittenen Anspruch zu sichern gegen die Eventualitäten, die ihm auf dem Wege der Realisirung drohen; im Vergleich streben die Parteien die Beseitigung der über Existenz oder Höhe eines Anspruchs bestehenden Unbestimmtheit an und zwar durch gegenseitiges Nachgeben.

Auch damit scheint uns Oe. nicht das Richtige getroffen zu haben, daß er subjective Ungewißheit über das vertragsmäßig zu bestimmende Rechtsverhältniß als Voraussetzung für den Vergleich genügend sein läßt. Umgekehrt meinen wir, daß objective Ungewißheit stets erforderlich aber auch hinreichend sei. Daß objective Ungewißheit bei subjectiver Gewißheit nicht vorkommen könne, darf Oe. (S. 59) nicht zugegeben werden. Wer sich vergleicht, will vertragsmäßig etwas zur Entscheidung bringen; er behauptet also, daß dieser im Vergleichsweg zu erledigende Punkt objectiv noch nicht entschieden sei. Wer diesen Glauben schon als „subjective Ungewißheit" auffaßt, dem kann in der Sache nicht widersprochen werden. Allein die Identificirung der „subjectiven Ungewißheit" mit dem Bewußtsein, daß etwas streitig oder noch nicht entschieden sei, widerspricht doch wohl dem klaren Sinn der Worte. Oe. verlangt denn auch noch weiterhin offenbar subjective Zweifelhaftigkeit, also Vorhandensein einer res dubia in dem Sinne, daß beide Paciscenten subjectiv ungewiß seien, wie das durch Vergleich zu bestimmende Verhältniß thatsächlich beschaffen oder wie der darüber entstandene Streit erledigt werde. Dies ist aber keineswegs eine für den Vergleich nothwendige Voraussetzung. Auch wenn mein Anspruch bestritten ist, kann ich nicht nur über die Existenz desselben, sondern auch über den Ausgang des Processes subjectiv nicht den geringsten Zweifel haben. Auch Oe. muß dies zugeben. Sagt er doch selbst (S. 57) „jede Partei behauptet ihren Anspruch als einen subjectiv gewissen". Damit ist nun aber das Erforderniß der „subjectiven Ungewißheit" in Wahrheit fallen gelassen worden. Denn die Ungewißheit, die

Digitized by Google

durch den Proceß ipso facto für jede Partei entsteht, ist eine objective, keine subjective. Wenn auch jeder Theil die Ueberzeugung hat, daß zu seinen Gunsten entschieden werde, ist doch — von dolus abgesehen vgl. L. 19 C. h. t. — solange für den Abschluß eines Vergleichs Platz, als das als unentschieden gedachte Rechtsverhältniß thatsächlich unentschieden ist, mag dasselbe auch in den Augen des Richters liquide und zur sofortigen Endentscheidung reif sein. Einzig und allein diese, von Oe. für den letzten Fall mit Unrecht (S. 54) geleugnete, objective Ungewißheit, ist die unerläßliche Voraussetzung für einen wirksamen Vergleich. Subjective Ungewißheit, in dem Sinne wie dieser Ausdruck seiner wörtlichen Bedeutung nach verstanden werden muß und auch von Oe. verstanden wird, kann, aber braucht nicht vorhanden zu sein. Möglicherweise habe ich nicht den geringsten Zweifel darüber, daß ich auf Grund eines mir vorliegenden anerkannt echten unzweideutig sprechenden fehlerlosen Testaments 1000 als Vermächtniß zu beanspruchen habe, oder daß mir auf Grund des Eintrags im Unterpfandsbuch, von dessen Richtigkeit ich mich überzeugt habe, ein Pfandrecht zustehe. Subjectiv bin ich hier nicht zweifelhaft über meinen Ausspruch, trotzdem mir derselbe bestritten wird. Ich mag diese Bestreitung für eine offenbar chicanöse halten. Aber dennoch kann ich mich mit dem Erben oder Pfandbesitzer, die trotz meines Hinweises auf den klaren Inhalt der Urkunde ihren Widerspruch nicht aufgeben und die mir vielleicht als widerwärtige Proceßkrämer bekannt sind, vergleichen. Denn objectiv ist Ungewißheit vorhanden — darüber nämlich, wie über meinen, von mir für liquide gehaltenen Anspruch, das Gericht, welches ich um der Renitenz des Schuldners willen anrufen mußte, entscheiden wird. Zum Zweck der Hebung dieser objectiv bestehenden Ungewißheit über Umfang oder Existenz meines Anspruchs mag ich mich vergleichen. Wenn also auch nicht richtig ist, daß das durch Vergleich zu bestimmende Rechtsverhältniß bestritten sein müsse, sondern die Ungewißheit desselben auch ohne Bestreitung bestehen

Digitized by Google

kann, so ist doch soviel allerdings zutreffend, daß die zum Vergleich allein nothwendige objective Ungewißheit bei bestrittenen Ansprüchen stets vorhanden ist. Jeder Anspruch, der bestritten wird, muß daher jedenfalls möglicher Gegenstand des Vergleichs sein. Dies gilt selbst für Ansprüche aus dem Judicat, über die man sich vergleichen kann, so lange bestritten ist, an iudicatum sit. Ist dagegen die Ungewißheit, welche durch den Vergleich beseitigt werden wollte, nur in der Idee der Paciscenten aber nicht objectiv vorhanden, so ist für den Vergleich kein Platz mehr.

Man wende gegen das Gesagte nicht ein, daß man sich auch in verglichener also entschiedener Sache vergleichen könne. Denn hier befinden die Parteien, wie Oe. S. 219 richtig bemerkt, über das wiederhergestellte Streitverhältniß. Für Oe.'s Auffassung, wonach objective Ungewißheit keine Voraussetzung für den Vergleich ist, scheint auf den ersten Blick zu sprechen die Möglichkeit des Vergleichs post rem iudicatam sowie des Vergleichs über ein uneröffnetes Testament. Allein so wenig der Vergleich post rem iudicatam, auch wenn das Vorhandensein des Urtheils den Parteien subjectiv zweifelhaft geworden ist, über den objectiv feststehenden Judicatsinhalt zu disponiren vermag, ebensowenig kann durch den über ein vorhandenes Testament abgeschlossenen Vergleich irgend welche Verfügung in Ansehung des objectiv feststehenden Testamentsinhalts getroffen werden. Im ersten Fall vergleichen sich die Parteien lediglich über die wegen Bestreitung der Giltigkeit oder der Existenz des Urtheils objectiv ungewiß gewordenen Ansprüche aus dem Judicat. Im zweiten Fall vergleicht man sich gleichfalls über etwas objectiv Unentschiedenes, nämlich über die möglicherweise vor Auffindung oder Eröffnung des Testaments bereits bestrittenen und daher objectiv ungewissen Verpflichtungen bzw. Ansprüche der Vergleichsparteien. Ueber diese Ansprüche kann auch nach Auffindung, ja nach Eröffnung des Testaments Streit also objective Ungewißheit und Unent-

Digitized by Google

schiedenheit entstehen oder fortbestehen. So lange dies der Fall ist, aber auch nur so lange, sind Vergleiche möglich.

Wer objective Ungewißheit nicht für erforderlich hält für den Vergleich, muß annehmen, durch den Vergleich könne über etwas objectiv feststehendes bereits Entschiedenes disponirt werden. Das ist aber nie als möglich zuzugeben. Möglich ist nur, daß im Vergleich die von den Paciscenten bereits getroffene Entscheidung wiederum rückgängig gemacht und dadurch auf's Neue objective Ungewißheit geschaffen wird. Wo dies aber nicht denkbar oder zulässig ist wie bei der durch dritte Privatpersonen oder den Richter getroffenen Entscheidung, da haben die Vergleichsparteien niemals über das solchergestalt Entschiedene und objectiv Gewisse Disposition, sondern immer nur über ihre trotz solcher Entscheidung möglicherweise doch noch objectiv ungewissen Ansprüche. Die objective Ungewißheit hat hier darin ihren Grund, daß die Frage, ob eine Entscheidung bereits vorliege oder nicht, aufgetaucht und dadurch neuer Streit entstanden ist.

Im fünften Capitel wird übergegangen auf den Vergleichsabschluß. Dabei wird gesprochen zunächst unter der Ueberschrift „Die Subjecte des Vergleichs" vom Vergleich in eigener Sache, vom Abschluß durch gewillkürte und gesetzliche Stellvertreter und dem Vergleich zu Gunsten Dritter; sodann von der Vergleichsform; endlich vom Vergleichsinhalt.

Was die beim Vergleich auftretenden Personen betrifft, so tritt Oe. den im Wesentlichen übereinstimmenden Ergebnissen der Literatur, welche nach seiner Auffassung gerade hierüber am meisten befriedigend gehandelt hat, in der Hauptsache durchaus bei.

Nur über den Vergleich zu Gunsten Dritter hat Oe. in der Literatur so gut wie keine Vorarbeiten entdecken können. Daß Vergleiche zu Gunsten Dritter möglich sind und im Leben sogar eine große Rolle spielen, ist unbestreitbar. Jemand will z. B. an Stelle seines wegen Baufälligkeit niedergerissenen Hauses einen Neubau errichten, der um ein Stockwerk höher werden soll als

Digitized by Google

das alte Haus war. Der Nachbar behauptet ein Einspruchsrecht gegen die geplante Aenderung zu haben. Schließlich einigen sich die streitenden Parteien dahin, daß der durch den Neubau Benachtheiligte auf sein angebliches Widerspruchsrecht verzichten zu wollen erklärt, wenn der Bauende verspricht der Sophienpflege 1000 M. zuwenden zu wollen. Hier liegt ein Vergleich vor, trotzdem er abgeschlossen wurde zu Gunsten eines Dritten, nämlich der wohlthätigen Anstalt. Von den Paciscenten hat jeder Theil nachgegeben: der Bauende, indem er, um sein Bauprojekt zur Ausführung zu bringen, sich zur Zahlung der 1000 an S. verpflichtete, während er doch nach seiner Behauptung auch ohne diese Leistung in der beabsichtigten Weise zu bauen das Recht hatte — der durch den Bau Benachtheiligte, indem er auf sein bestrittenes Widerspruchsrecht Verzicht geleistet hat. Jeder vertragschließende Theil hat sich aber auch für dieses Leistenmüssen bzw. Nachgeben seinerseits einen Vortheil verschafft: Der Bauende, sofern er jetzt nicht mehr den Einspruch des Nachbarn zu gewärtigen hat, der durch den Bau Benachtheiligte, soferne er der wohlthätigen Anstalt seinem Wunsch entsprechend einen Anspruch verschafft hat.

Ganz andere Fälle als den geschilderten hat freilich Oe. beim Vergleich zu Gunsten Dritter im Auge. Als den Dritten, zu dessen Gunsten der Vergleich abgeschlossen werden kann, denkt sich nämlich Oe. nicht den beim Vergleich völlig unbetheiligten Dritten (vgl. das S. 110 über den Alimentenvergleich der unehelichen Mutter mit dem Schwängerer Gesagte) sondern lediglich den Gläubiger oder Schuldner eines bestrittenen bzw. in seiner Realisirung unsicheren Anspruchs. Nun ist ja zweifellos möglich, daß ich einen Vergleich abschließe, in welchem die mir gewordene Gegenleistung darin besteht, daß mein Mitcontrahent seine bestrittene Schuld an einen Tertius anerkennt (Oe. S. 109 litt. a) oder auf sein ihm an einen Dritten angeblich zustehendes Forderungsrecht verzichtet (a. a. O. litt. b). Allein es liegt kein Grund vor, den

Digitized by Google

Begriff des Vergleichs zu Gunsten Dritter nur für diese Fälle als zutreffend zu erklären, ja es wird sogar in den beiden angeführten Fällen an einem ächten Vertrag zu Gunsten Dritter um deswillen in der Regel fehlen, weil das mir gegenüber ausgesprochene Anerkenntniß für den Dritten so wenig obligationserzeugende Bedeutung hat, wie der mir gegenüber erklärte Verzicht für den dritten Schuldner liberirend wirkt.

Diese Bedenken sind nun allerdings in den von Oe. zunächst (S. 108 f.) besprochenen Beispielen nicht vorhanden. In diesen wird der Schuldner, zu dessen Gunsten das fragliche Geschäft wirkt, unzweifelhaft liberirt. Trotzdem liegen aber keine Vergleiche zu Gunsten des dritten (Schuldners) vor, weil es entweder (wie in den ersten beiden Beispielen) am Vorhandensein sowohl eines Vergleichs als eines Vertrags zu Gunsten Dritter, oder (wie im dritten Beispiel) wenigstens an der Existenz eines Vertrags zu Gunsten Dritter fehlt.

In Oe.'s erstem Beispiel fehlt es zunächst an den beiden dem Vergleich wesentlichen Erfordernissen: dem gegenseitigen Nachgeben und dem Aequivalent für solchen Erlaß. Verspricht der Mann den Gläubigern seiner Frau die ratenweise Zahlung der fälligen Schuld seiner Frau, und „verzichtet" dafür der Gläubiger auf seine Ansprüche gegen die Frau, so hat in diesem Geschäft der Ehemann nichts nachgelassen von irgend welchen Ansprüchen an den Gläubiger der Frau, denn solche Ansprüche werden seinerseits gar nicht behauptet. Der Mann hat vielmehr lediglich für die Frau intercedirt und der Gläubiger der Frau hat sich damit einverstanden erklärt, an Stelle der Frau den Mann als Schuldner haben zu wollen. „Verzichtet" hat der Gläubiger keineswegs auf seine Forderung. Dafür aber, daß er jetzt vom Verlangen auf Leistung des Offenbarungseides abgestanden ist und „pünktliche Ratenzahlung vorausgesetzt" nichts mehr von der Frau fordern kann, sondern sich an Stelle der fälligen Forderung an diese mit der ratenweise abzahlbaren Forderung gegen den Ehemann zu-

Digitized by Google

frieden gegeben hat, ist ihm, juristisch betrachtet, keinerlei Entgelt zu Theil geworden — um deswillen hat sich der Gläubiger der Frau mit dem Ehemann derselben jedenfalls nicht verglichen. Er hat mit ihm aber auch keinen Vertrag zu Gunsten eines Dritten, nämlich der Schuldnerin, abgeschlossen. Denn der zu Gunsten der Frau wirkende Erfolg des Geschäfts, nämlich deren bedingte Entlassung aus der Schuldnerstellung, hat seinen Grund nicht darin, daß sich der Gläubiger dem Ehemann gegenüber zu irgend einer Leistung an den Dritten (angeblich zum Verzicht auf die Forderung gegen die Ehefrau) obligirt hatte, sondern vielmehr darin, daß sich der Gläubiger mit dem ihm vom Ehemann gemachten Angebot (ihn an Stelle der Frau aber unter erleichterten Bedingungen in die Schuld eintreten zu lassen) einverstanden erklärt hatte.

Eine ganz ähnliche Bewandtniß hat es mit dem zweiten von Oe. besprochenen Fall, in welchem die Ehefrau des Gemeinschuldners den Chirographargläubigern ihres im Concurs befindlichen Mannes sofortige Befriedigung verspricht. Auch hier fehlt es sowohl am Vergleich (schon deshalb, weil die Gläubiger nichts von dem nachlassen, was sie nach ihrer eigenen Behauptung zu fordern haben) als am Vertrag zu Gunsten des dritten (Schuldners), da die Liberirung des Gemeinschuldners lediglich durch die Annahme der neuen Schuldnerin an Stelle des alten Schuldners seitens der Gläubiger eingetreten ist, nicht dadurch, daß diese ihrerseits eine Leistungspflicht dem Gemeinschuldner gegenüber übernommen hätten.

In dem dritten einer Reichsgerichtsentscheidung entnommenen Beispiel endlich läßt Oe. selbst dahingestellt, ob „in casu“ zu Gunsten eines Dritten ein Vergleich abgeschlossen worden sei, und diese Zweifel sind, wenn der Fall so liegen würde, wie ihn Oe. auffaßt, gewiß gerechtfertigt. Nun ist aber der Thatbestand der RGE. von Oe. nicht richtig wiedergegeben worden. Trotz der Mangelhaftigkeit desselben bei Bolze, Bd. 6 Nr. 423 ergibt sich

Digitized by Google

doch aus den dort mitgetheilten kurzen Notizen, daß es sich nicht, wie Oe. annimmt, um die Cession einer Forderung, sondern um Schuldübernahme handelt. Der Fall wird folgendermaßen gedacht werden dürfen. Der Käufer eines Hauses hat die Schuld des Verkäufers im nominellen Betrag von 12 000 in Anrechnung auf den Kaufpreis übernommen und ist vom Gläubiger des Verkäufers auf Bezahlung belangt, demnach als Schuldner angenommen worden. Es entsteht nun aber Streit zwischen demjenigen, der die Schuld übernahm und dem Gläubiger derselben über die Höhe der Forderung. Dieser Streit wird dadurch beigelegt, daß Letzterer sich mit 9000 zufrieden gibt, also auf die bestrittenen 3000 verzichtet. Die Frage ist, ob jetzt der Verkäufer gegen den Käufer eine Nachforderung von 3000 machen könne. U. E. hängt diese Frage lediglich davon ab, ob sich der Verkäufer mit der Uebernahme seiner nominellen Schuld von 12 000 Seitens des Käufers Zahlungshalber oder an Zahlungsstatt zufrieden gegeben hatte. Was aber den Vergleich betrifft, der zwischen dem Uebernehmer der Schuld und dem Gläubiger zweifellos stattgefunden hatte, so war dieser sicherlich nicht „dazu bestimmt, die Schuldbefreiung des Verkäufers zu erwirken," wie das Reichsgericht annimmt. Denn für den Verkäufer war die Schuldbefreiung von dem Augenblick an eingetreten, in welchem sein Gläubiger sich mit dem Käufer als Schuldner zufrieden gegeben hatte, was schon durch die Anstellung der Klage gegen denselben, nicht erst durch den Vergleich zum Ausdruck gekommen war.

Auch die transactio unter mehreren Erbprätendenten, sowie der Vergleich eines von mehreren Correalschuldnern werden von Oe. in diesen Zusammenhang gestellt (vgl. S. 111 und S. 150 unten). Nun gewährt allerdings aus der ersteren die schwierige und vielbesprochene L. 14 D. h. t. von Scävola den Erbschaftsgläubigern das Recht, sich an die Contrahenten nach den im Vergleich festgesetzten Quoten zu halten, und der letztere kommt auch den anderen Correalschuldnern sowie dem Bürgen zu statten. Allein

Digitized by Google

ganz gleichviel, wie diese scheinbar über die Person der Contrahenten hinausgehende Wirkung des Vergleichs im Einzelnen zu erklären ist, jedenfalls tritt sie unabhängig davon ein, ob die Paciscenten solche Wirkung herbeiführen wollten oder nicht, und schon um deswillen kann von Verträgen zu Gunsten Dritter hier nicht gesprochen werden.

Bei der Darstellung der Vergleichsform mußte noch einmal an die schon in einem früheren Capitel besprochene geschichtliche Entwicklung des Instituts angeknüpft werden. Die Bedeutung der Stipulation, insbesondere der aquilianischen Stipulation, der Acceptilation, der exceptio pacti und späterhin der actio praescriptis verbis für den Transakt wird klar auseinandergesetzt. Ebenso wird anschaulich geschildert der Gegensatz, welcher (nach Beseitigung der römischen stipulatio, stipulatio Aquiliana und acceptilatio, sowie nach Zulassung einer Klage schon aus dem nudo consensu zu Stande gekommenen Vergleichsgeschäft) obwaltet zwischen dem römischen Transakt mit Innominatcontractsnatur und dem heutigen Vergleichsvertrag mit dem Charakter eines formlosen obligatorischen Geschäfts. Wird aber der Ausschluß der condictio causa data causa non secuta wegen Nichterfüllung des Gegners sowie der condictio ex poenitentia daraus erklärt (vgl. S. 116 und die ausführlichere Erörterung der Frage im § 25), daß der Vergleich „non minorem auctoritatem habet quam res iudicata“, so ist das um so auffallender, als Oe. sonst die Urtheilsnatur des Vergleichs mit aller Entschiedenheit bekämpft. Um zu einem sicheren Urtheil darüber zu gelangen, weshalb jedes Rückforderungsrecht hier ausgeschlossen ist, hätte offenbar Stellung genommen werden müssen zu der Streitfrage über den Rechtsgrund der condictio causa data causa non secuta und das Verhältniß des Reurechts zu demselben. Dies ist aber von Oe. unterlassen worden. Er sagt uns nicht, ob er mit Wendt den Grund für den Ausschluß der Rückforderung darin erblickt, daß die transactionis causa nicht unter die causae futurae ge-

Digitized by Google

stellt werden dürfe (vgl. Wendt, Die cond. ex poenitentia S. 92: „Auch wenn der Vergleich erst von einer Seite erfüllt ist, ist für den Vorleistenden doch schon iusta causa gegenwärtig vorhanden"). Ebensowenig wird zu irgend einer der anderen über die condictio causa data causa non secuta aufgestellten Theorien Stellung genommen oder die aufklärende kritische Beleuchtung berücksichtigt, in welche dieselben neuerdings von Pernice, Labeo, Bd. 3 S. 259 ff. gerückt worden sind.

Die Erörterungen über den Vergleichsinhalt halten die „Grundleistung" von der „Abfindungsleistung" getrennt, eine Unterscheidung, welcher an anderer Stelle (S. 190) mit Recht „fundamentale Wichtigkeit" beigemessen wird. „Während durch die Grundleistung ein auch schon bislang, freilich nur als irgendwie zweifelhaft gedachtes (ist das nothwendig?), Rechtsverhältniß bestimmt wird, ihr Inhalt also auf den Gegenstand des Vergleiches beschränkt ist, steht es mit der Abfindungsleistung anders" . . . . „die contrahirenden Parteien verhalten sich in Bezug auf sie ganz selbständig rechtsschöpferisch" (S. 124). Auch die verschiedene rechtliche Behandlung dieser Leistungen, wie sie von Oe. befürwortet wird (S. 124 und §§ 26 und 32), beruht auf gesundem Rechtsgefühl und ist sicher wenigstens im Princip richtig.

Im sechsten Capitel geht Oe. über auf die Wirkungen des Vergleichs in objectiver und subjectiver Beziehung, sowie auf eine genauere Untersuchung über die Art dieser Wirkung. Was die letztere betrifft, so gelangt Oe. von seinem an sich richtigen Ausgangspunkt doch wenigstens in einer Hinsicht zu nicht mehr annehmbaren Ergebnissen, nämlich dazu, daß die causa des bis dahin streitigen, nun aber im Vergleich anerkannten Rechtsverhältnisses, geradezu für identisch zu erklären sei mit der causa des früheren Rechtsverhältnisses (S. 165). Zwar ist soviel ganz richtig, daß sich die Verpflichtung aus dem Vergleich von der causa des streitigen Rechtsverhältnisses nicht vollständig losgelöst hat. Bähr trifft aber hier mit seiner auch von Oe. berücksichtigten, aber ab-

Digitized by Google

gewiesenen Ausführung (Anerkennung[2] S. 128 f.) wohl das Richtige, wonach „insoweit das ursprüngliche Rechtsverhältniß als causa nicht zureicht, dieser Mangel durch die Gegenseitigkeit als zweiten (neuen) Rechtsgrund gedeckt wird."

Das Verhältniß des Vergleichs zum Urtheil bildet den Gegenstand des siebenten Capitels. Hier werden die bestehenden Unterschiede zwischen Judicat und Vergleich richtig und vollständig dargelegt. Dabei scheint uns aber die formell rechtsgeschäftliche Natur des Vergleichs allzusehr in den Vordergrund gestellt und der gerade von den Römern mit besonderer Vorliebe hervorgehobene materielle Urtheilscharakter der transactio einigermaßen unterschätzt worden zu sein. Materiell wie ein Urtheil beendigt u. E. in der That auch der Vergleich den Streit, wenn gleich der wesentliche Unterschied besteht, daß jenes unumstößlich wirkt, dieser der Disposition der Parteien unterstellt bleibt.

Im achten von den Beschränkungen des Vergleichs handelnden Capitel wird zunächst die Frage erörtet über die Zulässigkeit des Vergleichs post rem iudicatam, für welche mit Bülow's Abhandlung über die absolute Rechtskraft des Urtheils ein neues Stadium begonnen hat. Wie nicht anders möglich, schließt sich hier Oe. der Unterscheidung von Vergleichen über die Rechtskraft und Vergleichen über die Judicatsansprüche, wie solche von Bülow in überzeugender Weise klargestellt worden ist, durchaus an.

Was die Vergleiche über die Rechtskraft betrifft, so wird mit Bülow, Regelsberger und (dem übrigens auch von Oe. unerwähnt gelassenen) Kohler, proceßrechtliche Forschungen S. 95 (unten) ff. (vgl. jetzt etwa noch Julius Binder, die subjectiven Grenzen der Rechtskraft. Leipzig 1895, S. 5 Anm. 5), deren absolute Unwirksamkeit im Princip richtig erkannt, mit Unrecht aber eine Ausnahme von diesem Grundsatz zugelassen (S. 211 in und zu Anm. 1), worüber unten noch zu berichten ist. Es hätte vielleicht noch darauf hingewiesen werden sollen, wie selten derartige Vergleiche, die nicht anders auszulegen sind als so, daß

Digitized by Google

damit die Parteien über die Rechtskraft wegsetzen wollen, in der Praxis vorkommen.

Keineswegs einwandfrei sind uns aber die den Vergleich über den Judicatsanspruch betreffenden Ausführungen erschienen. Oe. sagt, man vergleiche sich hier „nicht über die Existenz, sondern über die Erfüllung des Urtheils" (S. 209). Das erweckt den Schein, als ob bei dem Vergleich über den Judicatsanspruch auch gedacht würde an solche Verabredungen zwischen dem Gläubiger und dem verurtheilten Schuldner, wodurch sich der Erstere zur Annahme einer datio in solutum oder dazu bereit erklärt, das begonnene Vollstreckungsverfahren einzustellen. Allein gegen die Zulässigkeit solcher Verabredungen hatte das römische Recht von jeher nicht das Mindeste einzuwenden, weil es sich hier gar nicht um einen Verzicht auf die actio iudicati handelt.

Die Zwangsvollstreckung konnte wie ursprünglich mit der manus iniectio iudicati (vgl. die Worte der Zwölftafeln: ni iudicatum facit und die entsprechende Clausel bei der manus iniectio iudicati: quandoc non solvisti), so späterhin mit der prätorischen actio iudicati (im Edict stand wohl: ni solverit. Lenel, Ed. S. 329), nur bei Nichterfüllung des Judicatsanspruches begehrt werden. Zur Begründung seiner actio iudicati mußte also der Kläger nicht nur das Dasein der condemnatorischen Sentenz, sondern auch noch weiterhin behaupten, daß sein Judicatsanspruch nicht befriedigt worden sei. Als befriedigt mit der Wirkung des Ausschlusses der actio iudicati galt aber der Gläubiger nicht nur durch solutio i. e. S., sondern durch jede nach dem jeweiligen Stande der Jurisprudenz (L. 7 D. de re iud. 42, 1 multis tamen modis iudicatum liberari posse hodie non dubitatur) der solutio gleichwerthige Befriedigungshandlung. Dies geht zwar nicht unmittelbar aus den Gesetzes- bzw. Edictsworten, wohl aber daraus hervor, daß Labeo die Worte „neque eo nomine satisfaciat" im Edict vermißte (L. 4 § 3 D. de re iud. 42, 1), sowie aus den Erläuterungen des Wortes „solvisse" in den Edictscommentaren

Digitized by Google

(Ulp. L. 4 § 3, 4 D. eod. 42, 1, L. 17 D. de donat. 39, 5, Gaius L. 50 D. de procurat. 3, 3).

Auch nachdem die Zwangsvollstreckung durch actio iudicati (in ius vocatio, editio actionis und impetratio actionis) eingeleitet worden war, bestand die Möglichkeit, daß jetzt doch noch der Gläubiger — selbst ohne vom condemnatus befriedigt zu werden — sich durch formloses pactum mit dem condemnatus abfand (Gellius, N. A. 20, 1, 46). Allein solches pactum hatte, so lange die Judicatsschuld durch Zahlung oder Satisfaction nicht getilgt worden war, niemals Verlust der actio iudicati zur Folge, sondern nur mehr der Befugniß, in dem begonnenen Executionsverfahren weitere Zwangs- oder Vollstreckungsmaßregeln gegen den Judicatus zur Anwendung zu bringen. Lediglich die Personal- oder Vermögensexecution war durch eine derartige Vereinbarung unterbrochen worden und zwar in der Weise, daß es nunmehr einer wiederholten in ius vocatio des condemnatus, einer erneuten editio und impetratio actionis iudicati bedurfte, um nochmals gegen den Verurtheilten im Zwangsvollstreckungsweg vorgehen zu können. Das Zwangsvollstreckungsverfahren selbst konnte aber so lange wiederholt, also auch mittelst der actio iudicati stets wieder auf's Neue eingeleitet werden, bis der Gläubiger für die Judicatsschuld vollständig befriedigt worden war: Gaius 2, 154, 155 L. 7 D. de cess. bon. 42, 3 L. 1 § 18 D. de separat. 42, 6. Denn von einer Consumtion des Executionsanspruches war selbstverständlich nicht die Rede. Da die Ertheilung der Staatshilfe zu Executionszwecken nicht den Geschworenen, sondern der Obrigkeit oblag, kam es in der actio iudicati, soweit es sich bei ihr um ein reines Zwangsvollstreckungsverfahren handelte, niemals zum iudicium. Das iudicium, welches bei der actio iudicati durch infitiatio des iudicatus in der That provocirt werden und zu dem es daher, gleichsam als einem Intermezzo im Vollstreckungsverfahren, allerdings kommen konnte, betraf lediglich die Frage, an iudicatum sit.

Digitized by Google

Also darüber kann kein Zweifel sein: es waren im römischen Rechte von Alters her formlose Verabredungen zwischen dem Gläubiger und dem verurtheilten Schuldner zulässig, durch welche sich der Gläubiger mit der Annahme einer datio in solutum oder damit einverstanden erklärte, daß das begonnene Vollstreckungsverfahren nicht fortgesetzt werden solle. Die Frage kann nur sein, ob solche Vereinbarungen als Vergleiche bezeichnet werden dürfen und dagegen wird sich grade von Oe.'s Standpunkt aus nicht viel einwenden lassen.

Diese post rem iudicatam unzweifelhaft zulässigen Vereinbarungen werden von Oe. nicht genügend getrennt gehalten von denjenigen Vergleichen post rem iudicatam, bei welchen der Gläubiger auf seinen Judicatsanspruch gegen Entgelt Verzicht leisten will. Diese und nur diese Art der Vereinbarungen post rem iudicatam machten im römischen Recht Schwierigkeiten — übrigens nicht um ihrer Vergleichsnatur, sondern um deswillen, weil sie einen Verzicht auf die actio iudicati anstrebten.

Daß der Verzicht auf die actio iudicati und nicht der Vergleich post rem iudicatam im römischen Rechte besondere Vorschriften erforderlich machte, wird freilich von Oe. nicht zugegeben werden wollen. Denn Oe. geht mit Bülow davon aus, daß nicht der Verzicht auf die actio iudicati, sondern der Vergleich post rem iudicatam im römischen Recht als unzulässig gegolten habe. Aber grade in dieser Beziehung ist uns selbst Bülow's Beweisführung nicht überzeugend, sondern genau das Gegentheil als das Richtige erschienen: nicht der Vergleich post rem iudicatam gilt im römischen Recht als unzulässig, sondern der Verzicht auf die actio iudicati.

Die Zulässigkeit des Verzichtes auf die actio iudicati soll sich nach Bülow ergeben aus der vermeintlichen Statthaftigkeit des donationis causa erfolgten Verzichts auf die actio iudicati. Dies würde beweisend sein, wenn wirklich aus dem bloßen pactum donationis causa eine exceptio pacti der actio iudicati ent-

Digitized by Google

gegengesetzt werden könnte. Ein solches pactum donationis causa hält nun zwar Oe. (S. 215) „jedenfalls im classischen Recht" dem Judicat gegenüber für gültig. Die einzige Stelle, aus der man dies auf den ersten Blick folgern möchte, ist Paul. 1, 1, 5*. Allein, wenn hier der Jurist sagt: post rem iudicatam pactum, nisi donationis causa interponatur, servari non potest, so denkt er dabei, wie aus den vorhergehenden Worten (l. l. § 5): de rebus litigiosis et convenire et transigere possumus und L. 1 D. h. t. (deren Beziehung auf pacta post rem iudicatam von Oe. S. 53 wahrscheinlich gemacht worden ist) hervorgeht, offenbar daran, daß jetzt post rem iudicatam, im Gegensatz zu dem vorher in's Auge gefaßten Zustand, kein Streit und keine Ungewißheit, also nicht mehr die Voraussetzungen für einen Vergleich vorhanden seien und deshalb nur noch die Möglichkeit einer Schenkung bestehen bleibe. Ist aus der Stelle noch weiterhin herausgelesen worden, das post rem iudicatam donationis causa zu Stande gekommene pactum de non petendo erzeuge eine exceptio pacti gegen die actio iudicati, so steht dieser Annahme der Umstand entschieden im Weg, daß überall sonst in den Quellen der sog. Verzicht auf den Judicatsanspruch, auch wo er donationis causa erfolgen sollte, von den römischen Juristen nicht direct, sondern nur auf Umwegen, nämlich dann als wirksam zugelassen wird, wenn zuvor die actio iudicati in eine verborum obligatio umgewandelt und dann diese durch Acceptilation getilgt worden war (L. 17 D. de don. 39, 5). Daraus ergibt sich ferner auch die Nothwendigkeit einer restrictiven Interpretation der L. 7 § 13 D. de pact. 2, 14, aus welcher Stelle, wenn man sie ganz für sich allein betrachtet, sogar der Satz abgeleitet werden könnte, daß durch pactum de non petendo, ganz gleichviel, ob demselben die causa transactionis oder die causa donationis zu Grunde lag, die actio iudicati stets exceptionsmäßig würde.

Verhält es sich nun aber so, daß zum sog. Verzicht auf die actio iudicati stets eine Umwandlung der Judicatsschuld in eine

Digitized by Google

verborum obligatio erforderlich ist (L. 4 § 4 D. de re iud. 42, 1 L. 2 C. de exs. r. i. 7, 53) und daß das pactum de non petendo niemals eine exceptio gegen die actio iudicati hervorbringt, sondern immer als irrelevant behandelt wird (Paul. 1, 19, 2; cons. 9, 14, 16), so wird man auch nicht mehr an dem Satz festhalten können, daß der Verzicht auf die actio iudicati an und für sich im römischen Recht als zulässig gegolten habe. Ist zur Wirksamkeit eines derartigen Geschäfts novationsweise Umwandlung der actio iudicati in eine obligatio ex stipulatu stets und ohne Rücksicht auf die unterliegende causa erforderlich, so geht daraus mit aller wünschenswerthen Deutlichkeit hervor, daß der Grund für diese Formvorschrift in der Unmöglichkeit direct auf die actio iudicati zu verzichten und nicht in einem vermeintlichen Verbot des Vergleiches post rem iudicatam zu suchen ist. Die römische Vorstellung scheint demnach, grade im Gegensatz zu der von Bülow und Oe. aufgestellten Lehre, in der That die gewesen zu sein, daß auf die actio iudicati als solche nicht verzichtet werden könne. Der Gläubiger mag als Befriedigung seines Anspruches aus dem Judicat etwas annehmen, was nicht Zahlung der obligatio iudicati ist, er mag sich ferner in der Liquidationsinstanz gütlich mit dem Schuldner abfinden oder von der eingeleiteten Vollstreckung ganz abstehen — so lange er aber nicht solutione oder satisfactione befriedigt worden ist, behält er seinen Anspruch aus dem Judicat (L. 3 C. Hermog. tit. 4 de pactis). Diesen kann er nicht direct, sondern nur auf Umwegen erlassen, indem er den vollstreckbaren Judicatsanspruch aus der Welt schafft, ursprünglich durch nexi liberatio (Gaius 3, 173), späterhin durch Novation. Nun mag die nicht vollstreckbare actio ex stipulatu durch Acceptilation erlassen werden. —

Der Grund für diese besondere Vorschrift für den sog. Verzicht auf die actio iudicati ist darin zu suchen, daß die actio iudicati zu den actiones quae infitiando in duplum crescunt gehörte (Paul. 1, 19, 2 cit.). Der Gläubiger, welcher eine ver-

Digitized by Google

urtheilende Sentenz errungen hatte, sollte nunmehr bei Durchsetzung seines Judicatsanspruches keine Weiterungen mehr erfahren. Soferne er nur in iure das Dasein des Judicatsanspruches liquide stellen konnte, war deshalb die Defension nur sehr beschränkt möglich. Es konnte jetzt im Wesentlichen nur noch die Giltigkeit des Judicats bestritten werden und dies mußte unter der Gefahr des duplum geschehen. Eine exceptio pacti gegen das Judicat war jedenfalls nicht zulässig — m. a. W. der Verzicht auf die actio iudicati als solche war unstatthaft. Ganz gleichviel, ob donationis oder transactionis causa auf die actio iudicati verzichtet werden wollte — es war dies direct nicht durchführbar, sondern nur auf dem Umweg der aquilianischen Stipulation und der Acceptilation.

Wer nun aber diese Ausführungen formalistisch und in dem Vorgebrachten keine Veranlassung findet, es aufzugeben von einem — allerdings nur bei Beobachtung einer bestimmten Form wirksamen — Verzicht auf die actio iudicati zu sprechen, der wird doch soviel zugeben müssen, daß solche Form nur deshalb nothwendig ist, weil in anderer Weise ein wirksamer Verzicht auf die actio iudicati nicht bewerkstelligt werden könnte. Keinesfalls ist solche Form etwa deshalb erforderlich, weil dadurch die dem Vergleich post rem iudicatam angeblich entgegenstehenden Schwierigkeiten überwunden werden müßten. Denn das haben Bülow und Oe. im Wesentlichen übereinstimmend ganz richtig gefühlt: wäre der Vergleich post rem iudicatam verboten, so würde auch die Einhaltung der Form, welche für den sog. Verzicht auf die actio iudicati im classischen Recht vorgeschrieben war, solchen Vergleich nicht giltig, jedenfalls nicht definitiv wirksam machen können.

Nun ist es aber nicht richtig, daß das römische Recht ein „positives" (Regelsberger, Pand. 1 S. 623), d. h. ein aus anderen allgemeinen Rechtssätzeu bzw. der rechtlichen Natur des Vergleiches selbst sich nicht schon ohnehin ergebendes Verbot, post rem iudicatam Vergleiche abzuschließen, gekannt habe. Dem Wort-

Digitized by Google

laute nach findet sich ja allerdings dieses Verbot in den Quellen (vgl. z. B. Consult. 9, 1 und L. 23 § 1 D. de cond. ind. 12, 6). Allein da in anderen Stellen, so vor Allem in L. 7 und L. 11 D. h. t., transactiones post rem iudicatam ausdrücklich als zulässig anerkannt sind, so kann mit dem fraglichen Verbot nicht der Vergleich post rem iudicatam schlechthin getroffen worden sein. Das durch Kaiserrescripte mehrfach eingeschärfte Verbot, post rem iudicatam sich zu vergleichen, bezieht sich vielmehr lediglich auf den Rechtskraftvergleich: also auf denjenigen Fall, in welchem sich die Ungiltigkeit des Vergleiches schon aus dem Wesen der auctoritas rei iudicatae ergibt und deshalb auch nicht durch die Beobachtung irgend welcher Form vermieden werden kann. Diese „in der ratio iuris gelegene Rechtswahrheit" ausdrücklich einzuschärfen, war, wie Bülow selbst (S. 88) hervorhebt, lediglich deshalb nothwendig geworden, „um Mißverständnissen und Mißbräuchen, die sich bei den damaligen, in Wirrniß gerathenen Gerichtszuständen eingefunden hatten, deutlich entgegenzutreten."

Der Rechtskraftvergleich ist stets ipso iure nichtig L. 1 C. Greg. de trans. 1, 11. Wenn dagegen Oe. (S. 216) bemerkt, es sei durch Acceptilation der novirten Judicatsschuld auch bei unterliegender causa transactionis doch formell stets Befreiung von der obligatio iudicati eingetreten, so ist das zwar auch unsere Meinung, ja wir glauben sogar auf Grund der L. 32 C. h. t. 2, 4, daß solchenfalls nicht nur (wie Oe. S. 216, 258 annimmt) „formelle", sondern definitive Liberirung eingetreten ist. Aber diese Erscheinung ist in keiner Weise geeignet, die Behauptung zu widerlegen, daß die Rechtskraft durch Vergleich nie beseitigt werden könne. Denn hier haben sich die Parteien, jedenfalls soweit es sich um den offenbar beabsichtigten vergleichsweisen Verzicht auf die actio iudicati handelt, über die Rechtskraft der ergangenen Entscheidung keineswegs wegsetzen wollen, da sie ja doch die von ihnen als vorhanden vorausgesetzte obligatio iudicati in eine verborum obligatio verwandelten.

Digitized by Google

Also der Rechtskraftvergleich ist allerdings stets ipso iure nichtig, trotz des transactionis causa vorgenommenen Formalakts. Dies folgt aus dem Wesen der auctoritas rei iudicatae und ist außerdem durch ausdrückliches Verbot eingeschärft worden. Es bleibt nun aber noch immer die Frage offen, ob auch der post rem iudicatam abgeschlossene Vergleich, durch welchen die Parteien sich über die Rechtskraft nicht hinwegsetzen wollten, positiv verboten und deshalb ungiltig ist.

Bülow und Oe. bejahen diese Frage. Der Vergleich post rem iudicatam soll nach ihrer Lehre im römischen Recht ungiltig gewesen sein und auch nicht als Formalakt Wirksamkeit (nach Oe. jedenfalls keine definitive) erlangt haben.

Allein nur der Verzicht auf die actio iudicati ist nicht direkt zulässig und kann daher bloß dem materiellen Erfolg nach auf dem Umweg der aquilianischen Stipulation und der Acceptilation erreicht werden. Der Transakt post rem iudicatam, soweit die für den Vergleich erforderlichen Voraussetzungen dann noch vorhanden sind und die Parteien sich damit nicht über die Rechtskraft wegsetzen, ist nirgends verboten.

Wird in den angeführten Quellenstellen gelegentlich gesagt oder offenbar vorausgesetzt, post rem iudicatam sei jeder Vergleich (im Gegensatz zur Schenkung) ausgeschlossen, so ist dabei an den normalen Fall gedacht, daß durch das Judicat aller Streit beseitigt worden ist. Solchenfalls, wenn also die Parteien einig sind über das Dasein und den Inhalt eines rechtskräftigen Urtheils, können sie sich allerdings — abgesehen von den oben besprochenen, von den Römern nicht als Transakte bezeichneten Vereinbarungen in der Liquidationsinstanz, oder über die Art der Erfüllung oder über die Unterbrechung der Vollstreckung — nicht mehr vergleichen. Dies ist einfach deshalb so, weil es an den Voraussetzungen der transactio (res dubia, lis incerta neque finita) fehlt. Die Parteien können daher nur noch schenken. Denken könnten ja freilich die Parteien auch post rem iudicatam

Digitized by Google

an einen Vergleich, trotzdem unter ihnen kein Streit über das Dasein eines giltigen rechtskräftigen Urtheils und dessen Umfang ist. Allein sobald kein Streit über das Dasein des rechtskräftigen Urtheils ist, würde bei solchem Vergleich post rem iudicatam von den Paciscenten nothwendig etwas als unentschieden behandelt, was durch das Urtheil definitiv entschieden worden ist — m. a. W. die Parteien würden sich in solchem Vergleich über die Rechtskraft des ergangenen Urtheils hinwegsetzen, es also auf einen Transakt absehen müssen, der unter das Verbot des Rechtskraftsvergleichs fiele.

Sind dagegen auch noch post rem iudicatam die Voraussetzungen des Vergleichs vorhanden, d. h. kann auch jetzt noch von res dubia und lis incerta neque finita gesprochen werden, nämlich deshalb, weil die factische oder rechtliche Existenz des vollstreckbaren Urtheils bestritten und dadurch objectiv zweifelhaft gemacht worden ist (da hierüber, an iudicatum sit, noch eine Entscheidung aussteht), so ist ein Vergleich, ohne mit demselben irgendwie die Rechtskraft der etwa ergangenen Entscheidung anzutasten, sehr wohl denkbar. Gerade in den Fällen, in welchen demnach der Vergleich post rem iudicatam naturgemäß allein möglich ist, ist er aber auch unzweifelhaft zulässig. Das ergibt sich so deutlich wie möglich aus L. 11 D. h. t. und dem zweiten Satz der L. 23 § 1 D. de cond. ind. 12, 6.

Jetzt ist Streit, an iudicatum sit, der seine Erledigung finden kann entweder dadurch, daß diese strittig gewordene Frage selbst entschieden wird — dazu hat nur ein Urtheil (vgl. L. 1 pr. D. quae sent. 49, 8) bzw. die Verjährung der Feststellungsklage die Macht — oder dadurch, daß die Entscheidung der dubiösen Frage überflüssig gemacht wird — das vermag der Vergleich post rem iudicatam. Es kann also nicht im Vergleichsweg das nichtige Urtheil in ein giltiges, das nicht vorhandene in ein vorhandenes verwandelt oder der Inhalt des Urtheils auch nur um ein Jota verändert, geschweige denn das Judicat völlig beseitigt werden.

Digitized by Google

Ueber die Frage, ob und was judicirt sei, haben post rem iudicatam die Parteien keinerlei Disposition und bekommen solche auch dadurch nicht, daß nach Eintritt der Rechtskraft neuer Streit entstanden ist darüber, ob das Urtheil zu Recht bestehe. Auf diese Frage (ob rechtskräftig entschieden sein soll) können die Parteien im Vergleichsweg in gewissem Umfang einwirken, nur ehe res iudicata i. e. S. vorliegt, indem sie transactionis causa auf die Einlegung von Rechtsmitteln verzichten. Ist aber einmal res iudicata formell vorhanden, so ist die Frage ob und was judicirt sei, insoferne, als es sich nicht um einen solchen Nichtigkeitsgrund handelt, über den die Parteien verfügen können, allerdings ihrer Disposition vollständig entzogen.

Kann nun aber auch der Verurtheilte, welcher (insanable) Nichtigkeit oder Nichtexistenz des Urtheils behauptet, nicht im Vergleichsweg das Urtheil zu einem (ganz oder) theilweise giltigen machen, so darf er doch transactionis causa wirksam auf Rückforderung des an den Sieger im Proceß Bezahlten verzichten. Solchenfalls kann er späterhin nicht mehr sagen, diese Zahlung sei sine causa, d. h. auf Grund eines nichtigen Urtheils erfolgt, selbst wenn sich die von ihm früher behauptete Nichtigkeit des Judicats nachträglich in der That liquide stellen ließe. (Ein nahe liegendes Bedenken erledigt sich durch das von Windscheid, Pand.[7] § 426, N. 17 Gesagte.) Denn er hat darein gewilligt, daß er lieber transactionis causa einen Theil dessen zahlt, wozu er in dem nach seiner Behauptung allerdings nichtigen Judicat verurtheilt worden ist, als darüber, an iudicatum sit, auf ein Judicium provocirt, in dem er unterliegen könnte, was im römischen Recht die Folge hätte, daß er das Doppelte der Judicatssumme zahlen müßte. Auf der anderen Seite kann der Kläger, welcher obgesiegt hat, mit dem Verurtheilten, der die Nichtigkeit des Judicats behauptet, zwar nicht im Vergleichsweg ausmachen, das Judicat, welches auf 1000 verurtheilte, solle auf 500 reducirt sein. Wohl aber steht es dem Sieger im Proceß frei, sich

Digitized by Google

mit der Zahlung von transactionis causa zu entrichtenden 500 Seitens des Verurtheilten zufrieden zu geben und also, wenn letzterer auf Rückforderung wegen Nichtigkeit des Urtheils verzichtet, auch seinerseits auf Mehrforderung transactionis causa zu verzichten, selbst wenn nachträglich unzweifelhaft werden sollte, daß das Urtheil giltig zu Stande gekommen war.

Leicht ließen sich weitere Beispiele anführen für Fälle, in welchen post rem iudicatam neuer Streit entstanden und dadurch für Vergleiche Platz geschaffen ist. Man denke nur daran, daß die Existenz des condemnatorischen — des freisprechenden Urtheils bestritten wird vom Beklagten — vom Kläger; oder Nichtigkeit des unbestrittenermaaßen ergangenen Urtheils behauptet wird, nicht, wie in dem von uns ausgeführten Beispiel vom verurtheilten Beklagten, sondern vom abgewiesenen Kläger ꝛc. ꝛc. Ueberall da, wo durch solchen Streit wirkliche objective Ungewißheit darüber entsteht, ob bzw. wie judicirt worden sei, sind Vergleiche statthaft. Zwar wird durch solche Vergleiche die streitig gewordene Frage selbst nicht entschieden, wohl aber die Beantwortung derselben dadurch überflüssig gemacht, daß über die bei Vorhandensein bzw. Nichtvorhandensein des Urtheils eventuell vorhandenen Ansprüche transactionis causa unter den Parteien disponirt worden ist. Solchen post rem iudicatam einzig und allein denkbaren Vergleichen steht ausweislich der L. 11 D. h. t. schon im römischen Recht nichts im Weg. Nur schützt natürlich nach dem Satz post rem iudicatam pacisci nemo potest das bloße pactum de non petendo den condemnatus nicht schon vor Execution (L. 3 C. Hermog. tit. 4 de pactis), sondern hiezu wäre aquilianische Stipulation und Acceptilation erforderlich gewesen. War aber auf diese formelle Weise die obligatio iudicati ganz oder theilweise beseitigt worden, so ist dadurch auch, wie aus L. 32 C. h. t. hervorgeht, der Schuldner ganz oder theilweise liberirt worden, und zwar endgiltig, obgleich der Verzicht transactionis causa post rem iudicatam erfolgt war — ein deutlicher Beweis, daß die

Digitized by Google

causa transactionis auch post rem iudicatam nicht reprobirt ist. Bülow sagt (S. 105): nur der liberale Verzicht auf die actio iudicati sei möglich gewesen. „Durch die wirksame Berufung auf ein Abkommen mit dem Gläubiger, der sich zu einer Reduction oder Umwandlung der Schuld gegen irgend welche Concessionen des Schuldners verstanden hätte, würde es um die ganze Einfachheit und Promptheit der Schuldbeitreibung geschehen gewesen und insbesondere die bereits gewonnene certitudo des Leistungsgegenstands der willkürlichen Abbröckelung preisgegeben worden sein." Kann aber die obligatio iudicati durch die Annahme einer Theilzahlung oder durch theilweisen donationis causa in der gehörigen Form durchgeführten Erlaß unzweifelhaft auch nach Bülow's Ansicht minuirt werden, so ist nicht abzusehen, weshalb solche Minuirung der obligatio iudicati nicht auch transactionis causa im materiellen Resultat soll wirksam durchgeführt werden können. Selbstverständliche Voraussetzung dabei ist nur, daß (was in L. 1 C. Greg. de trans. 1, 11 nicht zutrifft) die Rechtskraft unangetastet bleibt. Diese Voraussetzung ist aber in der That „selbstverständlich", weil überall da, wo über die Rechtskraft weggesetzt werden müßte, um die für den in Aussicht genommenen Vergleich erforderliche Ungewißheit und Unentschiedenheit zu Stande zu bringen, die Vorbedingungen eines jeden Vergleichs von vorneherein fehlen würden, also schon um deswillen von einem giltigen Transakt nicht die Rede sein könnte.

Demnach gibt es zwar ein selbstverständliches, aber trotzdem ausdrücklich eingeschärftes Verbot des Vergleichs de re iudicata, aber kein positives Verbot des Vergleichs post rem iudicatam. Soweit post rem iudicatam ein Vergleich überhaupt denkbar ist, weil auch noch post rem iudicatam Streit besteht unter den Parteien und dadurch auf's Neue Ungewißheit hervorgerufen worden ist, insoweit ist ein Vergleich auch zulässig — nur mußte, wenn solcher Vergleich einen Verzicht auf die actio iudicati enthalten soll, im römischen Recht eine Umwandlung

Digitized by Google

der obligatio iudicati in eine nicht executorische verborum obligatio vorhergehen.

Diese Sätze gelten ohne Ausnahme. Oe. will ausnahmsweise, nämlich wenn das Judicat objectiv und subjectiv ungewiß war, die Regelung des bereits durch Urtheil entschiedenen Rechtsverhältnisses im Vergleichsweg doch noch zulassen (S. 211 in und zu Anm. 1). Allein der vorhandene Streit über die rechtliche oder factische Existenz des Urtheils ermöglicht immer nur einen Vergleich über die bestrittene obligatio judicati, keinesfalls über das durch Judicat, wenn ein solches vorhanden ist, definitiv entschiedene Rechtsverhältniß. Platz für einen Vergleich über das rechtskräftig entschiedene Rechtsverhältniß wäre nur, wenn die Verjährung der actio iudicati oder der Feststellungsklage, ob judicirt sei, bereits eingetreten ist. War aber das Urtheil factisch gar nicht gesprochen, sondern das Vorhandensein desselben, welches von der Gegenseite bestritten wurde, nur irrthümlich von einer Seite angenommen, so ist der über das streitige Rechtsverhältniß selbst und nicht nur über die Frage, an iudicatum sit, eingegangene Vergleich allerdings giltig. Es muß nur nachgewiesen werden, daß objectiv eine Entscheidung über das durch Vertrag geregelte Rechtsverhältniß zur Zeit des Vergleichsabschlusses noch gar nicht vorlag und folgeweise in dem Transakt in Wahrheit de re iudicata auch nicht disponirt worden ist. Der auf der einen Seite der Paciscenten solchenfalls vorhandene subjective Glauben de re iudicata zu disponiren, ist nicht geeignet, die Giltigkeit des Vergleichs zu afficiren.

In dem Capitel, das von den Beschränkungen des Vergleichs handelt spricht Oe. außer dem Vergleich de re iudicata und post rem iudicatam auch noch vom Alimentenvergleich und vom Vergleich über Testamente. Bezüglich des letzteren wird die L. 6 D. h. t. aus L. 1 § 1 D. test. quemadm. aperiantur 29, 3 mit der herrschenden Lehre richtig dahin erklärt, daß diese Stelle nur constatirt, man werde sich nicht leicht über ein Testament ohne

Digitized by Google

Kenntniß von deſſen Inhalt vergleichen, keineswegs aber ein Verbot eines ſolchen Vergleiches enthält. Spricht aber Oe. (S. 228) vom „Vergleich über den Inhalt eines Teſtamentes" und davon, daß „das Vorhandenſein des Teſtaments vielleicht die objective Ungewißheit über den ſtreitigen Anſpruch beſeitige" (S. 231), ſo ſchimmert dabei die Vorſtellung durch, daß durch einen derartigen Vergleich der Inhalt des Teſtaments ſelbſt abgeändert werden könne. Dazu ſind aber die Vergleichsparteien natürlich nie im Stande. Sie haben nur die Macht über ihre ſtreitigen Anſprüche zu disponiren und dadurch die Entſcheidung der Frage, was in dem Teſtament ſteht, überflüſſig zu machen — wenigſtens für ihre eigenen nunmehr durch Vergleich geregelten Anſprüche. Nur in dieſem Sinn iſt es daher auch richtig, wenn Oe. an einer anderen Stelle (S. 79) ſagt: der Streit „über den Rechtsbeſtand des Teſtamentes" werde durch transactio erledigt. Denn dem Teſtament einen anderen Inhalt zu geben, als es in Wahrheit hat, ſteht nicht in der Macht der Paciscenten; vgl. L. 29 § 2 D. de inoff. test. 5, 2 quamvis instituta inofficiosi testamenti accusatione res transactione decisa sit, tamen testamentum in suo iure manet. Dies entſpricht durchaus dem von Oe. im § 13 ſelbſt aufgeſtellten und erörterten über allen Zweifel erhabenen Satz, daß „der Vergleich als Willenserklärung nur diejenigen Objecte umfaſſen könne, die wir durch unſere Willenserklärungen in ihren rechtlichen Schickſalen zu beſtimmen vermögen, die unſerer Dispoſition unterſtehen". Darnach wird auch der Satz von Kohler (Compromiß im Erfinderrecht in Buſch's Archiv f. deutſches Handels- und Wechſelrecht Bd. 47 S. 331 ff., jetzt auch in ſ. geſ. Beitr. zum Civilproc. S. 244 ff.): man könne im Vergleichsweg übereinkommen, „daß ein Patent nichtig ſein ſoll", der Berichtigung bedürfen. Was der Vergleich zu leiſten vermag, iſt doch nur dies, daß von den Vergleichsparteien nunmehr keinerlei Anſprüche aus dem, gleichviel ob giltigen oder ungiltigen, Patent, abgeleitet werden können.

Digitized by Google

Das neunte Capitel handelt von der Ungiltigkeit des Vergleichs wegen Irrthums, Zwangs und Betrugs. Hier macht sich überall fühlbar, daß Oe. die in den Quellen so vielfach bezeugte Analogie des Vergleichs mit dem Judicat unterschätzt und umgekehrt aus der Natur des Vergleichs als einer Privatwillenserklärung zu weitgehende Folgen ableitet. Aus diesem Grunde hat Oe. im dritten Capitel sich nicht entschließen können, die dem Vergleich auch systematisch zukommende Stellung neben dem Urtheil einzuräumen und ist von ihm die Lehre vom Vergleich vielmehr dem speciellen Theil des Obligationenrechts überwiesen worden. Aus derselben Grundanschauung erklärt sich auch die ungerechtfertigte Polemik gegen die „fixe Idee von der thunlichsten Unanfechtbarkeit des Vergleichs" (S. 258/59). Hinsichtlich der rechtlichen Behandlung des Zwangs und Betrugs hat diese Auffassung zwar zu principiell unrichtigen Auffassungen nicht geführt. Was aber den Irrthum (im Motiv) anbelangt, so sieht Oe. (wesentlich übereinstimmend mit der älteren der M. Goetz'schen Abhandlungen de errore in transactionibus recte aestimando [1797] folgenden Theorie) in L. 42 C. h. t., auf deren Inhalt unten noch einzugehen sein wird, keine positive Ausnahmebestimmung, sondern ein Zeugniß dafür, daß der Vergleich wegen Irrthums im Motiv bei Eingehung desselben überall da angefochten werden könne, wo nicht durch eine Art Generalpardon alle früheren Angriffsmittel beseitigt worden seien. Zu dieser unhaltbaren, u. E. schon durch den Hinweis auf die Analogie des Urtheils (L. 6 L. 10 i. f. L. 16 L. 20 C. h. t. L. 1 C. sentent. rescindi non posse 7, 50) widerlegbaren Aufstellung und zu dem vergeblichen Bemühen, das übrige Quellenmaterial mit ihr in Einklang zu bringen, ist Oe. insbesondere noch dadurch verleitet worden, daß er die Abfindungs- und Nachlaßverträge als Vergleiche auffaßt. Um deswillen müssen die wahren Vergleiche auch hinsichtlich des Irrthums im Motiv der gleichen Behandlung unterworfen werden wie die Abfindungsverträge. Dies führt aber zu unannehmbaren Ergebnissen, mit

Digitized by Google

denen sich auch die in dieser Beziehung „nichts weniger als gleichförmige" (Regelsberger, Pand. § 172 Anm. 10) Praxis keineswegs, wie Oe. (S. 240) meint, ganz allgemein einverstanden erklärt hat. Durch das Abfindungsgeschäft will, da hier nur die Höhe und die Realisirung des Rechts ungewiß ist, auch nur diese Ungewißheit beseitigt werden. Die Frage, ob das Recht bestehe, wird durch den Vertrag nicht normirt, ja überhaupt gar nicht berührt. Diese Frage bleibt daher entschieden oder unentschieden, je nachdem sie vor dem Abfindungsgeschäft entschieden oder unentschieden war. „Die Existenzfrage ist durch das Abkommen gar nicht berührt, folglich auch nicht verändert worden" (S. 245). Aus dieser unzweifelhaft vollkommen richtigen Beobachtung wird nun aber zu Unrecht darauf geschlossen, daß auch da, wo die Existenz des Rechtsverhältnisses streitig war und durch Vergleich erledigt worden ist, die Möglichkeit einer nachträglichen Bemängelung des Vergleichs wegen Irrthums im Motiv bestehe.

Jede Bedeutung des Irrthums im Motiv für die Giltigkeit des Vergleichs ist auch unserer Auffassung nach nicht in Abrede zu ziehen. Durch die Art, wie sich dieser Einfluß im Einzelnen kund gibt, wird aber u. E. das, was oben über die zum Vergleich erforderliche Ungewißheit gesagt worden ist, vollauf bestätigt.

Ohne Einfluß auf die Giltigkeit des Vergleichs ist nämlich jeder Irrthum, zu Folge dessen bloß die subjective Ungewißheit in Wegfall kommt. Freilich, wenn zu Folge des Irrthums im Motiv jeder Streit unter den Parteien beseitigt worden ist, kann auch von wahrem Vergleich, jedenfalls insoweit als die vertragsmäßigen Theile einig sind, nicht mehr gesprochen werden. Denn soweit die Parteien beim Abschluß ihres Vertrags Thatsachen oder Rechtsverhältnisse übereinstimmend als wahr und wirklich annehmen, die nicht wahr und nicht wirklich sind, wollen sie sich über diese Thatsachen und Rechtsverhältnisse auch nicht vergleichen, folgeweise hierüber auch nichts vertragsmäßig festsetzen. Eine Eisenbahngesellschaft z. B. paciscirt mit einem Gutsbesitzer wegen

Digitized by Google

Brandes einer Scheuer in Folge Funkenfalls. Später wird festgestellt, daß der Brand nicht durch Funkenfall erzeugt, sondern von den Leuten des Besitzers angelegt worden ist (Bekker, Syst. Bd. 2, S. 265). War hier zwischen dem Beschädigten und der Eisenbahnverwaltung zur Zeit des Vergleichsabschlusses darüber Einverständniß vorhanden, daß die letztere den Schaden zu ersetzen verpflichtet sei, so ist die Ersatzpflichtsfrage jedenfalls durch den Vertrag gar nicht berührt und deshalb auch nicht alterirt worden. Aehnlich verhält es sich in dem von Oe. S. 240 f. besprochenen Fall bei Seuffert 3, 323, ferner in den von Lenel, Arch. f. civ. Praxis Bd. 79, S. 81, 83 besprochenen Rechtsfällen und weiterhin in folgendem Beispiel. Die Gläubiger des Erblassers haben sich auf Grund der Mittheilung eines glaubwürdigen nahen Verwandten desselben davon überzeugt, daß der bis dahin von ihnen als Intestaterbe ihres verstorbenen Schuldners in Anspruch genommene A mit der Bestreitung seiner Intestaterbenstellung Recht habe und daß vielmehr B seiner eigenen Behauptung entsprechend der wahre Intestaterbe sei. Kommt nun zwischen den Gläubigern und dem B ein Abkommen zu Stande, wonach dieser um die mit Umständen verknüpfte Ausmittelung der Höhe seiner Schuld zu vermeiden, den Gläubigern die runde Summe von 1000 zu zahlen verspricht, so ist mit diesem Abfindungsvertrag wiederum die Frage, ob die Gläubiger an B etwas zu fordern haben, in keiner Weise erledigt worden. Die Vertragsparteien, welche über diese Vorfrage einig waren, konnten an deren vertragsmäßige Erledigung unmöglich denken. Hier gilt daher das, was bereits oben über die rechtliche Behandlung des Irrthums im Motiv bei Abfindungsverträgen gesagt worden ist. Ist aber die Frage, ob die Gläubiger an B etwas zu fordern haben, bestritten und durch Vergleich entschieden worden, so bleibt das in der geschilderten Weise vergleichsmäßig Normirte zu Recht bestehen, obgleich B zu Folge eines Irrthums im Motiv subjectiv überzeugt war, daß die Gläubiger von ihm etwas zu fordern haben, oder umgekehrt, die

Digitized by Google

Gläubiger zu Folge eines Irrthums im Motiv daran nicht zweifelten, daß sie von B mehr als 1000 zu beanspruchen haben. Denn wer irrthümlich für entschieden und gewiß hält, was objectiv ungewiß und unentschieden ist, der kann sich trotzdem giltig vergleichen. Daher ist auch derjenige in der Lage, rechtswirksam einen Vergleich abzuschließen, welcher daran nicht zweifelt, daß z. B. durch den vorausgesetzten Eintrag in die öffentlichen Bücher oder durch die vermeintlich in seinen Händen befindliche Urkunde die Begründetheit des eigenen Anspruchs bzw. die Unbegründetheit des klägerischerseits geltend gemachten Anspruchs vollständig liquide gestellt sei. Ebenso kann sich vergleichen, wer annimmt, das einzige Beweismittel für den eigenen bestrittenen Anspruch sei definitiv verloren gegangen, es müsse daher in dem schwebenden Proceß mit mathematischer Nothwendigkeit gegen ihn entschieden werden. Zeigt sich in solchen Fällen nach Abschluß des Vergleichs, daß das Motiv, welches zum Transakt geführt hat, auf Irrthum beruhte, also der Eintrag im Grundbuch oder der sonstigen Urkunde doch nicht beweisend bzw. gar nicht vorhanden oder der Proceß doch nicht verloren war, so bleibt der eingegangene Vergleich nach den von Oe. selbst zusammengestellten Quellenzeugnissen (insbes. L. 2 L. 19 L. 29 C. h. t. L. 7 C. de i. et f. ign. 1, 18, vgl. dazu ferner L. 65 § 1 D. de cond. ind. 12, 6) dennoch wirksam und unanfechtbar bestehen, obgleich er von einer oder von beiden Seiten in der Ueberzeugung eingegangen worden ist, daß über die Frage, wie das vermeintlich unsinniger- oder chicanöserweise bestrittene Rechtsverhältniß entschieden werde, gar keine Ungewißheit vorhanden sei. Denn objectiv ist die Frage, wie die Entscheidung ausfalle, bei streitigen Rechtsverhältnissen vor erfolgter Entscheidung stets ungewiß — das Vorhandensein subjectiver Ungewißheit ist aber keine Voraussetzung für die Giltigkeit des Vergleichs.

Wird dagegen irrthümlich angenommen, ein Rechtsverhältniß sei noch ungewiß, während objectiv darüber bereits entschieden

Digitized by Google

worden ist, so ist der Vergleich ungiltig (vgl. in dieser Beziehung L. 3 § 1 L. 12 D. h. t. [L. 36. D. fam. erc. 10, 2] Regelsberger, Pand. Bd. 1 S. 623 in und zu Anm. 6). Denn das bereits entschiedene Rechtsverhältniß kann nicht nochmals durch Vergleich entschieden werden. Denkbar wäre an und für sich nur, daß die Vergleichsparteien die getroffene Entscheidung ungeschehen machen und eine neue an deren Stelle setzen wollen. Allein auch wo dies, weil die Entscheidung von den Vergleichsparteien selbst getroffen worden war, an und für sich möglich wäre — hier kann davon doch jedenfalls keine Rede sein, weil die Parteien, welche von der früher bereits ergangenen Entscheidung gar nichts wissen, darüber auch nicht disponiren wollen. Demnach ist die vergleichsweise Regelung eines nur deshalb bestrittenen Rechtsverhältnisses, weil die durch Urtheil oder Vergleich bereits zu Stande gebrachte Entscheidung desselben den Parteien unbekannt geblieben war, ungiltig — trotz Oe.'s Ausführungen, wonach der Vergleich solchenfalls selbst über das Urtheil soll hinwegsetzen können (S. 211 Anm. 1 S. 236 Abs. 2). Die subjective Ungewißheit, welche durch die irrthümliche Annahme, das streitige Rechtsverhältniß sei unentschieden, hervorgerufen worden ist, ermöglicht noch nicht das wirksame Zustandekommen eines Vergleiches. Ueberall, wo objective Ungewißheit vorhanden ist, ist Vergleich möglich, und überall, wo objective Ungewißheit nicht vorhanden ist, ist Vergleich unmöglich. Denn der Vergleichszweck ist ersteren Falls noch nicht erreicht, letzteren Falls ist er bereits erreicht. Darauf, ob es in Folge des Irrthums an subjectiver Ungewißheit fehlt, oder ob außer der objectiven auch noch subjective Ungewißheit vorhanden ist, kommt nichts an. Dabei ist freilich bei Beantwortung der Frage, ob objektive Ungewißheit vorhanden sei, einige Vorsicht zu beobachten. Ueber das, worüber man sich vergleicht, muß objective Ungewißheit vorhanden sein. Es fehlt daher an objectiver Ungewißheit auch nicht bei dem Vergleich post rem iudicatam, der nur möglich ist, si negetur iudicatum esse. Denn die Frage,

Digitized by Google

an iudicatum sit, ist objectiv so lange unsicher, als sie bestritten und nicht entschieden ist (quia adhuc lis subesse possit L. 11 D. h. t.). Ueber die durch das Urtheil entschiedene Frage, hinsichtlich deren also objective Gewißheit besteht, will oder kann man sich aber nicht vergleichen. Keinen Beifall verdient es daher, wenn Oe. (S. 53 vgl. dazu S. 60) meint, unter der res dubia et lis incerta neque finita in L. 1 D. h. t. könne — unter der Voraussetzung, daß diese Stelle von dem Gegensatz des pactum donationis und transactionis causa post rem iudicatam handle — nur subjective Ungewißheit verstanden werden. Instructiv ist in dieser Beziehung auch der in L. 23 C. h. t. behandelte Fall. Hier wird Jemand als Erbe belangt von den Gläubigern des Erblassers. Zwischen diesen und dem vermeintlichen Erben kommt hinsichtlich jener Ansprüche ein Vergleich zu Stande. Nachträglich kann der vermeintliche Erbe, welcher sich verglichen hatte, weil er seine Behauptung, nicht Erbe zu sein, nicht zu beweisen im Stande war, den Nachweis liefern, daß er nicht Erbe ist. Dadurch wird nicht etwa nachträglich darüber Klarheit geschaffen, daß zur Zeit des Vergleichsabschlusses objective Ungewißheit gar nicht bestanden habe. Objective Ungewißheit war vielmehr trotzdem allerdings vorhanden, darüber nämlich, ob die Gläubiger des Erblassers etwas von dem in Anspruch genommenen zu fordern haben. Diese Frage war zur Zeit des Vergleichsabschlusses, eben weil sie streitig und unentschieden war, objectiv ungewiß. Selbst nach Auffindung von Documenten, aus denen der in Anspruch genommene vermeintliche Erbe so klar wie nur möglich den Beweis führen zu können meint, daß er nicht Erbe sei, wäre noch ein Vergleich möglich gewesen. Dann nämlich, wenn die Gläubiger seine Erbenqualität, trotz dem ihnen vorgelegten Stammbaum oder Testament, zu behaupten fortfahren und den einmal Belangten immer noch als ihren Schuldner in Anspruch nehmen würden. Solchenfalls fehlt zwar subjective Ungewißheit, mindestens auf Seiten des Belangten, objective Ungewißheit besteht aber so lange,

Digitized by Google

als nicht die noch immer streitige Frage, ob die Gläubiger des Erblassers von dem vermeintlichen Erben etwas zu beanspruchen haben, nicht bloß nach der Ansicht eines oder beider Paciscenten, sondern thatsächlich definitiv entschieden worden ist.

Nur wenn die Urkunde, auf welche hin der Vergleich zu Stande kam, gefälscht war, ohne daß die eine oder andere Partei davon gewußt hatte — also in unserem Beispiel, die Gläubiger des Erblassers sich nur um deswillen auf den Vergleich eingelassen hatten, weil sie aus einer ihnen als unzweifelhaft echt erscheinenden Urkunde entnehmen mußten, daß die Erbenqualität des Belangten keineswegs sicher sei — wird auf Grund des Nachweises der Unechtheit dieser Urkunde der Vergleich nach L. 42 C. h. t. in der That angefochten werden können. Allein dies ist nicht auffallend, obgleich hier objective Unentschiedenheit über das im Vergleich zu regelnde Rechtsverhältniß bestehen geblieben und insoferne in L. 42 cit. in der That eine positive Ausnahme vom Princip enthalten ist — denn in solchen Fällen kann selbst das Urtheil wieder aufgehoben werden (tit. C. 7, 58 si ex falsis instrum. vel test. iud. sit. CPO. § 543 Ziff. 2), es sei denn, daß über die Frage der Echtheit bzw. Unechtheit der Urkunde judicirt worden war. War aber diese Frage durch Vergleich erledigt worden, so bleibt auch der Vergleich wirksam, wenn sich nachträglich die Unechtheit der Urkunde nachweisen lassen sollte (nisi forte etiam de eo, quod falsum dicitur, controversia orta decisa sopiatur L. 42 cit. i. f.).

Im zehnten Capitel werden die einzelnen Aufhebungsgründe des Vergleichs besprochen und dabei insbesondere die Frage erörtert, ob bei laesio enormis (auch ohne dolus) Abhilfe zu gewähren sei. Diese Frage wird von Oe. bejaht. Zur Verneinung liege kein Grund vor, da die Bestimmungen über die laesio enormis von der Praxis stets auch auf andere gegenseitige Verträge als den Kauf angewendet worden seien. Allein selbst von diesem Standpunkt aus, der jedenfalls der römischen Auffassung der laesio

Digitized by Google

enormis nicht entspricht, würde sich die Anwendung der Vorschriften über die laesio enormis auf den Vergleich nicht rechtfertigen lassen. Jeder Versuch die in L. 2 und 8 C. de resc. vendit. 4, 44 enthaltenen Bestimmungen auch auf den Vergleich anzuwenden, muß daran scheitern, daß der Vergleich durch gegenseitiges Nachgeben der Parteien eine Rechtsungewißheit nach Art eines Urtheils beseitigen soll.

Der Entwurf, auf den im Anhang eingegangen wird, steht insbesondere in der zweiten Lesung, welche die im ersten Entwurf für die Anfechtung des Vergleiches verwerthete Windscheid'sche Voraussetzungstheorie fallen gelassen hat, wesentlich auf dem Boden der Oe.'schen Grundanschauungen; so vor Allem, was die Einbeziehung der Abfindungs- und Nachlaßverträge in den Vergleich und die rechtliche Behandlung des Irrthums im Motiv betrifft. Diese Bestimmungen finden deshalb an Oe., der — abgesehen von dem auch nach seiner Theorie zu mißbilligenden § 191 Abs. 2 des Entwurfes I — nur gegen die Aufnahme und Fassung der Definition des Vergleiches im Gesetzestexte, sowie in einer anderen Formulirungsfrage Widerspruch erhebt, ihren entschiedenen Vertheidiger. Daß diese Bestimmungen dem richtig verstandenen römischen und gemeinen Recht nicht durchaus entsprechen, ist in dem Gesagten nachzuweisen versucht worden. Auch vom „civilpolitischen" Standpunkte wäre u. E. keine Veranlassung gewesen, über das römische Recht in dieser Beziehung hinauszugehen. Wer aber wie Oe. anderer Ansicht ist, der darf doch solchen „civilpolitischen" Betrachtungen keinerlei Einfluß gestatten auf seine Auffassung des geltenden Rechts. Von diesem Fehler wird aber Oe., nach seinen eigenen Ausführungen (S. 280), kaum ganz freigesprochen werden dürfen.

Tübingen. O. Geib.

Digitized by Google

2. Dr. Rudolf Merkel, Die Kollision rechtmäßiger Interessen und die Schadensersatzpflicht bei rechtmäßigen Handlungen. Im Hinblick auf den Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich in zweiter Lesung. 237 S. Straßburg 1895, Trübner.

Seit in Ihering's Jahrbüchern, Bd. XXX und XXXIII, Unger seine Abhandlungen über das „Handeln auf eigene und auf fremde Gefahr" veröffentlicht hat, ist das Interesse an den bis dahin arg vernachlässigten (vgl. die Aeußerung von A. Merkel in seiner juristischen Encyklopädie § 674) Fragen der Schadensersatzpflicht aus erlaubten Handlungen und der gesetzlichen Garantiepflicht ungemein lebhaft geworden. Und daß hier ein Gebiet vorliegt, das dem Juristen, und zumal dem, der für die sozialen Probleme im Rechte ein Auge hat, ein weites Feld, nicht nur für zerlegende, sondern vor allem auch für schöpferische Thätigkeit, darbietet, das wird niemand bezweifeln, der das Gebiet einmal betreten hat.

Den Schritten nun, die darauf bisher gemacht sind, ist eine gewisse Vorsicht und Unsicherheit leicht anzumerken. Und noch allerneuestens hat Eisele (Archiv f. d. civil. Praxis LXXXIV, S. 350) ausgesprochen: „Eine Formel zu finden, aus der für alle Fälle eine gerechte Entschädigung abzuleiten wäre, ist, wenn es überhaupt möglich ist, zur Zeit wohl nicht möglich." Um so mehr darf Rudolf Merkel für sich Interesse beanspruchen, wenn er in der oben genannten Schrift mit Fleiß und Geschick für Wissenschaft und Praxis sichere Wege auf dem unsicheren Boden zu finden sucht.

M. geht aus von den Sätzen des deutschen Entwurfes II über den Notstand. Der d. E. stempelt in § 747, auf dem strafrechtlichen Begriffe des Notstandes fußend, die Notstandshandlung zu einer widerrechtlichen und läßt eben darum aus ihr eine Schadensersatzpflicht hervorgehen. Im § 192 dagegen wird die Sachbeschädigung, die zur Abwehr einer drohenden Gefahr geschieht, für berechtigt erklärt und eben deshalb der Handelnde für regelmäßig zum Schadensersatze verpflichtet.

Digitized by Google

Diese Regelung der Sache ist, wie M. eingehend und treffend begründet, durchaus inkonsequent und führt zu höchst unerquicklichen Ergebnissen. Der Fehler des b. E. liegt, wie ich mit M. (S. 12) glaube, darin, daß der Entwurf ausgeht von dem strafrechtlichen Begriffe der rechtswidrigen, aber straflosen Notstandshandlung, während gerade umgekehrt die Frage, ob eine Notstandshandlung als berechtigt anzuerkennen sei, erst auf zivilrechtlicher Grundlage zu erörtern ist und von den hier gewonnenen Rechtssätzen ausgehend das Strafgesetz seine Entscheidung zu treffen hat. Das Strafrecht steht, wie schon das Wort „Notstand" andeutet, durchaus auf dem Standpunkte der subjektiven Entschuldbarkeit der in „gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben" vorgenommenen schädigenden Handlung. Dagegen muß für das Zivilrecht unbedingt gefordert werden, daß es objektive Merkmale aufweise, die eine „an sich" unberechtigte Handlung um des Notstandes willen zur berechtigten, nicht nur entschuldbaren, machen. Der subjektive Standpunkt ist aber, wie M. mit Recht (S. 23fg.) ausführt, nicht einmal auf dem Gebiete des Strafgesetzes der allein berechtigte. Er läßt einerseits die Grenzen zu eng, insofern er Handlungen strafbar macht, deren Strafosigkeit das Gerechtigkeitsgefühl fordert (Beispiele: Handlungen, die unter Verletzung fremder Interessen zur Rettung der eigenen Ehre, zur Rettung des Lebens eines Nichtangehörigen geschehen). Andererseits läßt er die Grenzen zu weit, insofern er auch die schwerste Körperverletzung unbestraft läßt, wenn sie der Abwehr einer noch so geringfügigen Bedrohung des Leibes diente. Auf subjektiver Grundlage kann eben das objektive Merkmal der Verhältnismäßigkeit der einander gegenüberstehenden Interessen die gebührende Beachtung nicht finden. Alle bisherigen Versuche, hier zu helfen, sind, wie M. (S. 27ff.) zeigt, gescheitert. Helfen kann nur die Erkenntnis, daß die Notstandsparagraphen die Zivilrechtswidrigkeit voraussetzen, und es daher „für rechtmäßige und rechtlich gleichgültige Handlungen keiner Berufung auf sie bedarf" (S. 30). Das Zivilrecht, nicht das

Digitized by Google

Strafrecht hat zu sagen, welche Eingriffe in fremde Interessen als rechtswidrig anzusehen seien, welche nicht (S. 39).

Für das Zivilrecht aber ist das „Prinzip des überwiegenden Interesses" das entscheidende nicht nur in den Fällen des eigentlichen Notstandes, sondern bei der „Kollision rechtmäßiger Interessen" überhaupt. „Rechte und Pflichten sind ein Ausdruck bestimmter Interessen, um ihretwillen sind sie aufgestellt" (S. 69). Darin liegt der Grund, aber auch die Grenze des Rechtsschutzes. Tritt einem vom Rechte an sich geschützten Interesse ein anderes entgegen, das vom Rechte höher gewertet wird, so schlägt sich das Recht auf die Seite des letzteren und versagt dem ersteren den Schutz. Das Recht des Notstandes und verwandter Fälle der Kollision wird also von dem von Ihering so energisch betonten Gedanken der „Relativität der Rechte" beherrscht. Hier möchte ich gegen M. einiges bemerken. Da er in höchst billigenswerter Weise für die Zweckbegrenztheit der Rechte kämpft, so ist es m. E. ein Zurückfallen in den von ihm überwunden geglaubten Gedankengang, wenn er in den Notstandsfällen stets von einer „Kollision rechtmäßiger Interessen" spricht. Denn „rechtmäßiges Interesse" ist doch nur ein anderes Wort für Recht i. subj. S.; für jemanden aber, der die Zweckbegrenztheit der Rechte anerkennt, findet zwar eine Kollision der Interessen und daraufhin im Gehirne des Gesetzgebers eine Kollision der Erwägungen statt — eine Kollision der Rechte aber ist unmöglich, denn die Rechtsnorm schafft durch die Begrenzung einen Ausgleich. Indem der Gesetzgeber die Expropriation gestattet, zieht er dem Eigentum objektive Schranken nicht anders, als er es in den Rechtssätzen über Spezifikation, Kommixtion und — Ersitzung thut. Ich habe bisher nicht gefunden, daß man die Ersitzung als „rechtswidrigen Eigentumserwerb" bezeichnet habe und doch ist auch sie nichts als ein Ausgleich widerstreitender Interessen. Und damit komme ich auf ein weiteres: M. führt (S. 49 ff.), um den Geltungsbereich des „Prinzips des überwiegenden Interesses" zu zeigen,

Digitized by Google

eine Reihe von Beispielen aus dem römischen und modernen Rechte an, die zum großen Teil schon von Jhering, Adolf Merkel und Unger her bekannt sind. Er hätte diese Beispiele bis ins Unendliche vermehren können. Denn das gesamte Recht stellt nur den Ausgleich widerstreitender Interessen dar.

Ist dies aber richtig, so wird man schärfer, als es M. thut, zu scheiden haben zwischen den Fällen des eigentlichen Notstandes und den sonstigen Fällen, in denen das Prinzip des überwiegenden Interesses seine Wirksamkeit entfaltet. Denn das Eigentümliche der Fälle des Notstandsrechtes liegt gerade darin, daß in ihnen nicht, wie in den S. 49ff. vorgeführten Beispielen, das Gesetz, sondern der Richter jenes Prinzip handhabt. Was M. auf S. 75ff. über die Abgrenzung des überwiegenden Interesses sagt, kann sich naturgemäß nicht beziehen auf die Fälle der Expropriation und verwandten Erscheinungen, wohin ich auch die Ersitzung, Spezifikation u. s. w. rechne. Gegen die willkürliche Entziehung des Eigentums müssen stärkere Garantien gegeben sein, als sie das subjektive Ermessen des Richters bietet. Es bleiben also die Fälle, in denen nicht ein Besitzwechsel, sondern nur eine Wertminderung oder Wertvernichtung für schutzeswürdig oder -unwürdig zu erklären sind nach Maßgabe des überwiegenden Interesses. Aber auch hier wird noch weiter zu sondern sein. Nur wo es sich um eine unmittelbare Gefahr für ein Lebensgut handelt, wird dem Richter die Wertung der beiderseitigen Interessen und der Gefahr überlassen werden dürfen. Daß „man nicht zur Abwehr eines nach menschlichem Ermessen auch noch so wahrscheinlich über ein Jahr zu gewärtigenden Uebels jetzt sofort einem anderen ein sicheres Uebel beibringen darf", wie M. (S. 79) behauptet, ist in dieser Allgemeinheit nicht wahr — vgl. Impf-, Viehseuchen- und ähnliche Gesetze. Aber, daß hier nicht eigentlich ein Notstand vorliegt, ist allerdings wahr, und deshalb behält sich hier das Gesetz die Entscheidung vor. Und erst recht da, wo es sich nicht um die

Digitized by Google

Erhaltung, sondern nur um die bessere Ausnützung eines Gutes handelt (Notweg — Manöverschaden).

So bleibt also dem Notstandsrechte und der freien Thätigkeit des Richters ein verhältnismäßig enges Gebiet. Auf diesem Gebiete aber kann, was M. über die Abgrenzung der Interessen sagt, dem Richter von gutem Nutzen sein. Insbesondere trete ich durchaus seiner Ansicht (S. 81) bei, daß es in der Regel gleichgültig bleiben muß, ob der Notstand verschuldet war oder nicht.

Im Gegensatz zu dem, was über die Stellung des Richters zum „Prinzip des überwiegenden Interesses" festzustellen war, hat dieses für den Gesetzgeber nach dem oben Gesagten eine weit größere Bedeutung, als es nach M.'s Beispielen den Anschein hat. M. hat aber, wie sich — nicht zum Vorteil der Durchsichtigkeit seines Gedankenganges — erst sehr viel später zeigt, bei der Auswahl seiner Beispiele einen besonderen Zweck im Auge: es kommt ihm auf Fälle an, in denen das Recht nicht scheidet in „schutzberechtigt" und „nichtschutzberechtigt", sondern in: stärkeren — dinglichen — und: schwächeren — obligatorischen — Schutzes würdig, d. h. M. zielt endgültig nur auf die Lehre vom „Schadensersatz aus rechtmäßigen Handlungen".

Die Behandlung dieser Lehre ist denn auch weitaus der wichtigste Teil seiner Schrift.

Das römische Recht legte eine Pflicht zum Schadensersatze grundsätzlich nur dem auf, der den Schaden verschuldet hatte. Theorie und Praxis des gemeinen Rechtes stehen heute noch im wesentlichen auf demselben Standpunkte, ohne zu berücksichtigen, daß die Römer infolge der Verquickung von Straf- und Zivilrecht gar nicht aus ihrer Haut heraus konnten, während sie dem heutigen Leben schlechterdings nicht mehr sitzen will. Gegen diese innerlich überlebte Herrschaft des Verschuldungsprinzipes zieht M. (S. 102 fg.) energisch zu Felde. Mit gutem Grunde und hoffentlich gutem Erfolge. Wenn die Zahl derer, die, wie M., sich den Vorkämpfern auf diesem Gebiete: Ihering, Unger, A. Merkel

Digitized by Google

u. a. anschließen, in demselben Maße wie bisher mehrt, so wird es mit der Herrschaft jenes Prinzipes bald aus sein. Von der Praxis insbesondere steht zu hoffen, daß sie das lange und interessant zusammengestellte Sündenregister, das ihr M. (S. 114 fg.) vorhält, einer liebevollen Beachtung würdigen wird.

Wenn aber M. (S. 132 fg.) dem Entwurf nicht genügende Beachtung der neu andringenden Rechtsideen auf dem Gebiete der Schadensersatzpflicht vorwirft, so scheint er mir doch über das Ziel hinaus zu schießen. Das an Stelle des alten Prinzipes zu setzende neue — mag man es nun Prinzip der „Verursachung", des „aktiven Interesses" oder sonstwie nennen — ist bisher noch keineswegs genügend nach allen Richtungen hin erörtert und begründet, um schlechtweg in ein neues Gesetzbuch aufgenommen zu werden. Vielmehr schneidet auch hier wieder, wie leider so vielfach, der Entwurf eine noch unfertige Entwickelung unseres Rechtslebens mitten durch, anstatt einer fertigen den Abschluß zu geben. Es zeigt sich eben auch hier wieder, daß der Entwurf 20 Jahre zu spät oder 20 Jahre zu früh kommt. Das aber kann man doch den Verfassern nicht vorwerfen; den Satz (M. S. 144), daß es „für das Reichszivilgesetzbuch nicht ganz entsprechend erscheine, Fragen von dieser Bedeutung ohne einheitliche Beantwortung in weiterem Umfange teils, mittels der Verweisung auf Billigkeit, dem Ermessen des Richters, teils den Landesgesetzen zu überlassen" — diesen Satz kann ich nicht unterschreiben. M. selbst giebt zu, daß in den eklatantesten Bedürfnisfällen auf Grund der das fehlerhafte Prinzip durchbrechenden Einzelbestimmungen des Entwurfes (vgl. die Aufzählung bei M. S. 132 fg.) Schadensersatz zu erlangen sein wird. Und wenn der Entwurf in § 752 Abs. I der Praxis zur Ausbildung eines neuen Schadenersatzrechtes weitesten Spielraum schafft, so liegt darin m. E. eine Selbstbeschränkung, deren Weisheit man nur mit der einen Behauptung anzweifeln könnte, daß die Praxis der großen Aufgabe nicht gewachsen sein werde. Im übrigen konnten die Verfasser

Digitized by Google

zur Zeit nicht anders handeln; worin sie gefehlt haben, das ist nur das eine, daß sie vermeinten, unter allen Umständen ein Prinzip proklamieren zu müssen und, weil sie ein brauchbares neues nicht vorfanden, das alte abgelebte von neuem hervorholten.

In der Kritik der einzelnen Bestimmungen bringt M. manches Beachtenswerte, doch scheint er mir auch hier gelegentlich zu weit zu gehen. So wirft er dem Entwurfe vor, daß er zwar für Wildschaden und anderen durch Tiere angerichteten Schaden den Eigentümer nach §§ 756—758 unbedingt haften lasse, dem Eigentümer der Haustiere aber den Beweis der Nichtschuld vorbehalte. Mir scheint diese verschiedene Behandlung, wie ich später zeigen werde, doch nicht so ungerechtfertigt, nur die Begründung in Conrads Jahrbüchern Bd. 60 S. 261 ist sicher schief. Warum fordert denn das Rechtsgefühl, daß der Eigentümer eines einstürzenden Hauses den Schaden ersetze und warum schweigt dasselbe Rechtsgefühl, wenn beispielsweise im Walde vom Sturm herabgeschleuderte Aeste einen Spaziergänger verletzen? Warum verlangt es, daß den von seinem Kinde angerichteten Schaden der Vater ersetze, verlangt aber nicht, daß, wenn der Vater auf der Straße ausgleitet und einen anderen mitreißt, er die nachtheiligen Folgen trage? Warum soll der unschuldig Verurtheilte Schadensersatz verlangen können, nicht aber der unschuldig Angeklagte? Warum ersetzt der Staat den Schaden, der durch Tötung erkrankter Tiere auf obrigkeitliche Anordnung entsteht, nicht aber den, welchen ich erleide, wenn ich nach überstandener Krankheit vorschriftsgemäß meinen Hausrat desinfizieren lasse? Nicht konsequent sein gilt es hier für den Gesetzgeber, sondern es gilt, dem Rechtsgefühl im Volke auf seinen verschlungenen Wegen nachzugehen, die Imponderabilien des Rechtslebens zu wägen.

Und damit stehen wir vor der Frage: Können wir dem Schadensersatze aus erlaubten Handlungen ein allgemeingültiges Prinzip unterlegen? — M. glaubt ein solches gefunden zu haben und nennt es „Prinzip des aktiven Interesses". „Wer

Digitized by Google

sein Interesse zum Nachteil oder unter Gefährdung eines legitimen fremden Interesses geltend macht, wer „aktiv" wird, der handelt zur Wahrung seines auf Kosten des fremden Interesses", der muß dem anderen den Schaden ersetzen, „auch wenn seine Handlung mit Rücksicht auf das Ueberwiegen seines in einem Notstand oder sonst in einer Kollision befindlichen Interesses als rechtmäßig sich darstellt (M. S. 160). Die Grundlage der Ersatzpflicht ist also eine doppelte: 1. die Handlung und 2. das Interesse (S. 149). Wenn jemandem, sagt M. S. 151, ein Orkan einen Ziegel auf den Kopf wirft, so ist das eben „ein Unglück", für das er niemanden verantwortlich macht. Dahingegen reagiert sein Rechtsgefühl, wenn der Schaden durch ein Ereignis entsteht, das sich auf eine freie Willensbethätigung zurückführen läßt, „vorhergesehen und gewollt oder doch wenigstens seiner Art nach vorhersehbar gewesen" und dabei im Interesse des Handelnden geschehen ist.

Dieses Prinzip des aktiven Interesses findet M. (S. 152fg.) bei vielfachen gesetzgeberischen Versuchen auf dem Gebiete der Interessenkollision bethätigt. Er spricht ihm aber eine Wirksamkeit über dieses Gebiet hinaus zu (S. 160fg.). So liegt es der im Einklange mit dem modernen Rechtsgefühl auch von Unger geforderten Haftung des Mandanten für die Gefahr des Mandatars zu Grunde. Das Prinzip des „aktiven Interesses" bedeutet andererseits nur eine Erscheinungsform eines in seinen Wirkungen noch umfassenderen Satzes: „Jeder hat den Schaden zu tragen, der innerhalb seiner „Machtsphäre" eintritt."

Diese Bedeutung der Machtsphäre, auf die bereits Strohal in Iherings Jahrbüchern XXXIII S. 386 hingewiesen hat, findet M. zum Ausdrucke gelangt in der Haftung des Frachtführers nach Handelsrecht, der Haftung der Gastwirte und in verwandten Fällen, er findet sie ferner in der von Ihering unter dem Gesichtspunkte der culpa in contrahendo behandelten Haftung des Verkäufers für Existenz und Verkehrsfähigkeit der verkauften

Digitized by Google

Sache und endlich auch in der Haftung des Hausbesitzers für Einsturz (vgl. S. 168fg.).

Ob den Gedanken des „aktiven Interesses" und der „Machtsphäre" wirklich die ihnen von M. zugeschriebene generelle Bedeutung auf diesem Gebiete zukommt, soll gleich erörtert werden. Wenn ich aber dabei zu dem Ergebnis kommen werde, daß wir bei der Fülle der hier sich durchkreuzenden Erwägungen stets nur von Tendenzen, nicht von Prinzipien werden reden können, so möchte ich doch im Voraus bemerken, daß M. die Bedenken, die einer Konsequenzmacherei auf diesem heiklen Gebiete sich entgegenstellen, keineswegs verkannt hat (vgl. S. 179). Aber die Frage ist nur die, ob die notwendigen Ausnahmen sein Prinzip so durchlöchern, daß es für ein Gesetz nicht brauchbar ist, so sehr es dem Juristen bei der Analysirung der im Rechtsleben wirkenden Kräfte dienen mag. Und diese Frage muß bejaht werden.

Daß in den Fällen des eigentlichen Notstandes der handelnde und nicht der duldende Teil den Schaden zu tragen hat, entspricht allerdings, wie ich glaube, unserem Rechtsgefühle. Und wenn M. keinen Anstand nimmt, die Notstandshandlung für berechtigt zu erklären und dennoch eine Schadensersatzpflicht aus ihr herzuleiten, so kann ich ihm darin nur beitreten angesichts der Thatsache, daß schon die Römer Eigentum sine causa entstehen ließen und trotzdem den Eigentümer zur Rückübertragung verpflichteten. Man möchte nur fragen, ob ein Bedürfnis besteht, die Notstandshandlung für berechtigt zu erklären, da doch in der Handlung selbst sich das Recht erschöpft, nicht, wie bei der Eigentumsübertragung sine causa auf das Berechtigtsein der Handlung Rechte gestützt werden sollen. Aber dies Bedenken würde hinfällig nicht nur angesichts dessen, was M. über das Verhältnis von Civilrecht und Strafrecht in der Notstandslehre beigebracht hat, sondern schon wenn man erwägt, daß gegen ein Recht des Notstandes keine Notwehr zulässig ist, sondern wer eine berechtigte Notstandshandlung abwehrt, sich für die Folgen verantwortlich macht —

Digitized by Google

was sicher den Bedürfnissen entspricht. Also: wer im Notstande einen anderen schädigt, handelt im Recht und muß den Schaden tragen (ob den vollen Schaden, wird später zu erörtern sein). Und ich habe nichts dagegen zu erinnern, daß M. darin die Idee des „aktiven Interesses" verwirklicht findet. Wenn er aber aus dieser Idee ein für alle Fälle der Interessenkollision maßgebendes Prinzip machen will, so kann ich ihm darin nicht folgen.

M. hat sich hier, wie mir scheint, in einem Kreise bewegt. Wenn er eine „Kollision an sich rechtmäßiger Interessen" nur da sieht, wo ein Interesse auf Kosten des anderen bevorzugt wird und das letztere dafür zu entschädigen ist, so ergiebt sich selbstverständlich, daß, wo eine Kollision rechtmäßiger Interessen stattfindet, eine Schadensersatzpflicht entstehen muß. Das Gebiet der Interessenkollision ist aber, wie ich gezeigt zu haben glaube, ein unendlich viel weiteres, als M. voraussetzt. Und es lassen sich genug Fälle aufführen, in denen die Bevorzugung des einen Interesses auf Kosten des anderen „an sich" berechtigten eintritt, ohne daß eine Entschädigung stattfindet. Man denke an Ersitzung, Wirkung des unrichtigen, aber rechtskräftigen Urteils, Minderjährigenprivilegien u. s. w. u. s. w. „Nemo alterius detrimento locupletior fieri debet" — ein Satz, in dem mir der M.'sche Satz vom aktiven Interesse enthalten zu sein scheint — war eben schon in Rom und wird immer bleiben eine vom Gerechtigkeitsgefühle geborene Tendenz, die aber nur zu häufig vom Zweckgedanken durchkreuzt wird.

Aber auch in den zahlreichen, von M. aufgeführten Fällen, wo in der That das Recht den Ausgleich so geschehen läßt, daß es dem einen ein dingliches Verfügungsrecht, dem anderen einen obligatorischen Ersatzanspruch giebt, vermag ich nicht überall die Wirksamkeit des M.'schen Prinzipes zu erblicken. Das Entscheidende soll sein der Kausalzusammenhang zwischen dem Schaden und dem aktiv sich bethätigenden Interesse. Wird denn aber wirklich das Interesse des Fabrikbesitzers aktiv, wenn die Explosion

Digitized by Google

des Dampfkessels die anliegenden Häuser beschädigt? Oder war es nicht vielmehr nur bei Errichtung der Fabrik aktiv und tritt bei dem Zerstörungswerke etwas neues in Thätigkeit: die Ursache der Explosion? Und liegt denn, was den Kausalzusammenhang betrifft, in dem gleichfalls von M. (S. 151) erwähnten Falle des vom Dache gerissenen Ziegels die Sache irgendwie anderes als in dem Falle der Kesselexplosion?

Das Interesse, das bei der Errichtung einer Fabrik sich bethätigt, erzeugt nicht eine Schadensersatzpflicht, sondern eine Garantiepflicht, beide Pflichten unterscheiden sich wie obligatorisches Verhältnis und Forderung. Es empfiehlt sich daher schon aus systematischen Gründen eine Scheidung der gewollten und der nichtgewollten Schädigungen. Vor allem aber deshalb, weil jede Beobachtung zeigt: je lockerer der Kausalzusammenhang, desto schwächer die Reaktion des Rechtsgefühls.

Schadensersatz von dem handelnden Interessenten fordert es nur da, wo sein Interesse gerade in der Verletzung des anderen sich bethätigte. Also in den eigentlichen Notstandsfällen. An sonstigen Fällen, die hierher gehören, habe ich nur die expropriationsähnlichen feststellen können, in denen man nicht ohne Fug von einem Notstand des Staates sprechen könnte. In allen übrigen Fällen sind es Verhältnisse, nicht Handlungen des einen Teils, die auf ihn die Pflicht zum Schadensersatz wälzen.

Aber auch die Expropriationsfälle müssen wiederum noch von den Notstandsfällen abgesondert werden. Denn der Schaden, den der Einzelne um der Gesamtheit willen erleidet, schlägt doch wiederum insofern zu seinem Vorteil aus, als er selbst Mitglied der Gesamtheit ist; ein Leben der Gesamtheit ist ja gar nicht möglich, ohne daß der Einzelne etwas für die Gesamtheit aufopfere, und so wird denn auch in zahllosen Fällen der Schaden vom Einzelnen getragen als Tribut an die Gesamtheit, als öffentlich-rechtliche Pflicht. Und wenn man sich erst einmal von der falschen Idee des „an sich" unbeschränkten Privateigentums losgemacht

Digitized by Google

hat, so wird man auch nicht mehr aus der Natur des Eigentums, sondern lediglich aus der ausgleichenden Gerechtigkeit seine Folgerungen ziehen. Und wenn ich nun frage: warum ersetzt das Recht dem Expropriierten den Schaden, entschädigt aber beispielsweise nicht die Kaufleute, die durch Einführung des Gesetzes über die Sonntagsruhe betroffen werden?, so weiß ich als Grund nur den Satz aufzustellen: „Je ungewöhnlicher die schädigende Handlung und je kleiner die Zahl der innerhalb einer Gesamtheit davon betroffenen Personen, desto stärker die Tendenz zum Schadensersatz." Das Gerechtigkeitsgefühl stellt also geradezu seine Wahrscheinlichkeitsrechnung an. Und diese Erkenntnis kann uns wesentliche Dienste auch leisten zur Beurteilung der übrigen Fälle der Verpflichtung zum Schadensersatze ohne Verschulden.

Wenn das Recht dem Hausbesitzer die Haftung für Einsturz, dem Fabrikbesitzer die Haftung für den durch die Fabrik, den Eisenbahnen die Haftung für den durch den Betrieb, dem Tierbesitzer die Haftung für den durch das Tier verursachten Schaden auferlegt, wenn es den Frachtführer die Gefahr des Verfrachters, den Mandanten die des Mandatars, den dominus negotii die des gestor tragen läßt, wenn es den Kontrahenten für seinen Irrtum beim Vertragschluß, den Unternehmer für die Fehler seiner Arbeiter, den Vertretenen für die Fehler des Vertreters aufkommen läßt, so knüpft das Recht an eine Thatsache, die in sich die Möglichkeit des Schadens birgt, eine Garantiepflicht für diejenige Person, die in einer bestimmten Beziehung zu der Thatsache steht. Tritt der Schaden ein, so wird aus der Garantiepflicht eine Schadensersatzpflicht. Die genannte Beziehung ist auch hier das Interesse, das die Person an der Thatsache: der Existenz des Hauses, dem Fabrikbetrieb, dem Vertragschluß, der Handlung des Vertreters u. s. w. hat. Aber während in den Fällen der früheren Kategorie das Interesse die unmittelbare, wirkende Ursache, „aktiv" im Sinne M.'s war, ist es hier nur die mittelbare Ursache. Und

Digitized by Google

eben wegen dieſer Lockerung des Kauſalzuſammenhanges muß zu dem Moment des Intereſſes noch ein anderes hinzukommen, damit das Gerechtigkeitsgefühl reagire.

Und auch hier begegnen wir wieder dem „Ungewöhnlichen", der Unvorherſehbarkeit des Schadens für den Geſchädigten, die um ſo ſtärker auf das Rechtsgefühl wirkt, wenn für den anderen Teil eine Vorherſehbarkeit konſtatirt werden kann. Man prüfe die oben aufgeführten Beiſpiele unter dieſem Geſichtspunkt und man wird meine Behauptung beſtätigt finden. In anderen Fällen wird das Ungewöhnliche des eingetretenen Schadens darin zu finden ſein, daß das Intereſſe über die ihm für gewöhnlich zugewieſene Sphäre, wenn auch erlaubter Weiſe, hinauswirkte. Endlich, aber nicht in letzter Linie, kann die Vorſtellung des Ungewöhnlichen erzeugt ſein durch den Mangel der Gegenſeitigkeit, die Unmöglichkeit, daß etwa in einem anderen Falle der Schädiger um eines verwandten Intereſſes des jetzt Geſchädigten willen leiden müſſe, kurz: durch die ſoziale Ungleichheit erzeugt ſein.

Beſonders lehrreich iſt in dieſer Hinſicht die Haftung des Tierbeſitzers. M. will, wie erwähnt, den Tierbeſitzer ſchlechthin für den durch ſein Tier angerichteten Schaden haften laſſen. Ich habe auch ſchon geſagt, daß ich abweichender Meinung bin. Die Römer verlangten bekanntlich, daß das Tier „contra naturam" gehandelt habe; darin kommt der Gedanke des Ungewöhnlichen zwar deutlich, aber in für das Rechtsgefühl unbefriedigender Form zum Ausdruck. Wenn der Hund beißt, ſo iſt das nicht „contra naturam", wir werden aber den Eigentümer haften laſſen, weil, wer Hunde hält, gewärtig ſein muß, daß ſie Anderen Schaden bringen, während der Gebiſſene den Biß nicht als ein Ereignis hinnimmt, das nun einmal durch das Zuſammenleben mit Anderen gegeben iſt. Werden wir aber auch den Bauern haften laſſen, deſſen Ochſe auf dem Felde böſe wird und einen Vorübergehenden angreift? Ich glaube nicht. Iſt der Geſchädigte ein Bauer, ſo wird er den Schaden auf Rechnung des Lebens in ſeiner Gemein-

Digitized by Google

schaft setzen; ist er aber ein Städter, so ist eben nicht der Ochse in seine „Sphäre" eingebrochen, sondern er in die Sphäre des Ochsen. Wird dahingegen der Ochse durch eine Stadt zu Markte getrieben, so muß, wie mir mein Rechtsgefühl sagt, der Eigentümer für den Schaden haften, den der Ochse anrichtet — er ist aus seiner Sphäre herausgetreten. In dem Wildschadensgesetz endlich sehen wir soziale Erwägungen wirksam; wer hätte früher, als die sozialen Gegensätze noch nicht in dem Maße wie heute verschärft waren, als die Jagd noch nicht ein Luxus und Vorrecht bestimmter Gesellschaftskreise war, an eine solche Entschädigungspflicht gedacht? Uebrigens wirkt das Ungewöhnliche bestimmend auf das Rechtsgefühl nicht nur soweit die Veranlassung, sondern auch soweit die Höhe des Schadens in Frage steht, aber hier in umgekehrter Richtung: das Recht hat die Tendenz, nur denjenigen Schaden ersetzen zu lassen, der in den Grenzen des Wahrscheinlichen liegt, über das gewöhnliche, voraussehbare Maß hinausgehenden Schaden aber von dem Geschädigten tragen zu lassen.

In einen ganz neuen Ideenkreis kommen wir, wenn wir den Fall setzen, daß der vorgenannte Ochse einen Knecht des Eigentümers gestoßen habe. Hier läßt das moderne Recht den Eigentümer haften. Warum? Weil der Knecht sich in der Herrschaftssphäre des Eigentümers befindet, seinen Anordnungen nachkommen muß. Hier findet sich also der Gedanke der „Sphäre" in einer ganz anderen Form verwertet, in der wir ihn abermals wirksam finden, wenn wir die Haftung des Frachtführers in Betracht ziehen. Auf die Bedeutsamkeit der Frage: „Fällt die zur Ausführung eines Auftrags dienende Handlung in die Sphäre des Auftraggebers oder die des Unternehmers?", hat schon Strohal (vgl. oben S. 206) hingewiesen. Wenn aber M. meint, in diesen Erwägungen sein „Prinzip des aktiven Interesses" wiederzufinden, so irrt er. Denn, wie leicht zu sehen ist, läuft da, wo die Handlung in die Sphäre des Unternehmers fällt, der Gedanke des

Digitized by Google

aktiven Interesses dem der Herrschaftssphäre schnurstracks zuwider; denn bei Berücksichtigung des letzteren muß der Unternehmer, bei Berücksichtigung des ersteren der Auftraggeber haften, der in seinem Interesse den Unternehmer in Bewegung setzt. Ob die Rücksicht auf die Herrschaftssphäre als die stärkere sich erweist, wird davon abhängen, ob der Unternehmer zugleich im eigenen Interesse thätig wird oder unentgeltlich handelt; im letzteren Falle scheint es mir billig, dem Auftraggeber um seines Interesses willen schlechthin die Haftung aufzuerlegen.

Es kann ja natürlich nicht Aufgabe dieser Ausführungen sein, das Problem auch nur annähernd erschöpfend zu behandeln. Aber ich hielt es doch für richtig, mich dem M.'schen „Prinzip des aktiven Interesses" gegenüber nicht rein negativ zu verhalten, sondern auch weiteren Bearbeitern der Lehre die Richtung zu weisen, in der mir die Lösung des Problems zu liegen scheint. Ich glaube soviel nachgewiesen zu haben, daß es ein Fehler sein würde, den unendlichen Reichtum der gerade auf diesem Gebiete schöpferisch wirkenden Kräfte auf „Prinzipien" zu reduzieren. Vielmehr halte ich es für das einzig Mögliche, daß der Gesetzgeber da und dort eingreift, wo ihm aus den hin und her wogenden Tendenzen feste Rechtssätze sich herauszuheben scheinen, ohne aber diesen Tendenzen ihre schöpferische Kraft zu rauben, indem er sie zu toten Prinzipien macht. Und nur im Rechtsbewußtsein des Volkes sicher gegründete Sätze verkünde der Gesetzgeber; denn ein laxes Billigkeitsgefühl kann auch hier nur Schaden stiften. Ist das Recht des Schadensersatzes ein schönes Wirkungsgebiet der Gerechtigkeit und vor allem auch der sozialen Gerechtigkeit, so birgt doch die Ueberempfindlichkeit auf diesem Gebiete gerade ein antisoziales Moment in sich; denn sie verwischt die Ueberzeugung, daß in einem Gemeinwesen der Einzelne auch einmal um des Nächsten oder der Gesamtheit willen Schaden zu tragen habe, und was ihm an einer Stelle genommen wird, an einer anderen durch sein Leben in der Gesellschaft reichlich zurückvergütet erhält.

Digitized by Google

M.'s Lösung scheint mir also nicht die richtige; in berechtigtem Kampfe gegen die Ueberspannung des „Verschuldungsprinzipes" ist er über das Ziel hinausgeschossen. Daß seine Arbeit in mir das lebhafteste Interesse erregt, davon sind meine Ausführungen Zeuge, ich glaube aber auch die Schrift als einen wertvollen Beitrag zur Lösung der in ihr behandelten Fragen bezeichnen zu dürfen. Möge M. zahlreiche Mitarbeiter wecken! Der Arbeit auf dem Gebiete des Schadensersatzrechtes bleibt noch übergenug; insbesondere bedarf eine von M. kaum gestreifte Frage dringend der Lösung: wann und nach welchen Grundsätzen ist der Schaden nicht der einen Partei allein aufzuerlegen, sondern unter beide zu teilen?

Zum Schluß noch eine Bemerkung: Die Uebersichtlichkeit der M.'schen Schrift scheint mir unter dem vom Buchhändler gewählten Format nicht unwesentlich zu leiden.

Marburg. W. v. Blume.

3. Dr. Anton Pavlicêk. Das Pfandbriefrecht. Wien, Manz'sche k. u. k. Hof-Verlags- u. Universitäts-Buchhandlung 1895. 112 Seiten.

Der Pfandbrief — ursprünglich ein Hypothekenbrief — ist im modernen Pfandbriefsystem ein gewöhnlicher Schuldschein geworden. Während in den alten Pfandbriefen der preußischen Landschaften dem Inhaber ein bestimmtes Rittergut verpfändet war, ist diese unmittelbare Haftung des Belehnungsobjektes im modernen Pfandbriefsystem verschwunden. Die den Realkredit pflegenden Creditinstitute, welche die Mittel zur Gewährung von Hypothekardarlehen sich durch Ausgabe von sog. Pfandbriefen beschaffen, fungiren wirthschaftlich als Vermittler zwischen dem Kredit suchenden Grundbesitzer (Darlehensnehmer) und dem Geld gebenden Kapitalisten (Pfandbriefkäufer), rechtlich aber fehlt jede Beziehung zwischen Pfandbriefbesitzer und Hypothekschuldner. Die Herstellung einer solchen Beziehung, und zwar im Sinne der Be-

Digitized by Google

schaffung einer realen Sicherheit der Pfandbriefbesitzer an den von der Kreditanstalt erworbenen Hypotheken, bildet den springenden Punkt der Pfandbrieffrage.

Während die deutsche Gesetzgebung — abgesehen von einigen Partikularrechten neueren Datums — bei Versuchen stehen geblieben ist, erfolgte in Oesterreich die gesetzliche Regelung der Frage durch das Gesetz vom 24. April 1874, betreffend die Wahrung der Rechte der Besitzer von Pfandbriefen.

Eine systematische Darstellung des durch dieses Gesetz in Oesterreich geschaffenen Rechtszustandes bezweckt die obige Abhandlung. Sie erfüllt damit eine um so dankenswerthere Aufgabe, als dieses Rechtsgebiet wissenschaftlich noch wenig bearbeitet ist und auch die Judikatur sich nur vereinzelt mit ihm beschäftigt hat.

Das angeführte Gesetz — veranlaßt durch das in Folge der Krisis vom Jahre 1873 eingerissene Mißtrauen — weist, wie der Verfasser mit Recht bemerkt, verschiedene Unvollkommenheiten und Unklarheiten auf. Ueber den rechtlichen Charakter des Vorzugsrechtes, welches das Gesetz den Pfandbriefbesitzern zuerkennen will, ist aus seinem Wortlaute direkt nichts zu entnehmen. Verfasser neigt sich der Annahme eines gesetzlichen Pfandrechtes zu, „trotzdem gegen die Konstruktion eines solchen gesetzlichen Pfandrechtes manche Bedenken auftauchen". Unerörtert läßt Verfasser dabei den Umstand, daß das Gesetz zwischen den bei seinem Inkrafttreten schon bestehenden und den künftigen Pfandbriefinstituten unterscheidet, nur bei letzteren die Bestellung der zur vorzugsweisen Deckung der Pfandbriefe bestimmten Vermögensobjecte als Kaution für die Befriedigung der Pfandbriefgläubiger (durch Eintrag in den öffentlichen Büchern, Absonderung aus dem übrigen Vermögen der Anstalt) anordnet, bei ersteren aber lediglich das in den Statuten eingeräumte Vorzugsrecht der Pfandbriefgläubiger an gewissen Vermögenswerthen gesetzlich sanktionirt. Diese Verschiedenheit der Behandlungsweise scheint doch die Annahme nahe zu legen, daß lediglich den Pfandbriefgläubigern der neueren An-

Digitized by Google

stalten ein Pfandrecht, denjenigen der älteren aber ein Vorrecht an dem Erlöse gewisser Vermögensbestandtheile eingeräumt werden sollte (vgl. auch hiezu die Motive zu dem deutschen Entwurfe eines Gesetzes betreffend das Faustpfandrecht für Pfandbriefe ꝛc. v. J. 1879, Allgemeine Begründung sub No. V).

Die Stellung des Regierungskommissärs, dessen Obliegenheiten in der Abhandlung einzeln aufgezählt werden, hätte vielleicht zweckmäßig auch von allgemeineren Gesichtspunkten aus erörtert werden können, wobei namentlich eine Untersuchung der Frage, in wie weit der Regierungskommissär behufs Ausübung des staatlichen Aufsichtsrechtes und in wie weit er in Vertretung der Pfandbriefbesitzer fungirt, ob bezw. in wie weit er letzteren verantwortlich ist, ein lohnendes Feld geboten hätte.

Wenn übrigens der Regierungskommissär die Qualität der Darlehen, auf Grund deren Pfandbriefe begeben werden, prüfen soll und wenn Verfasser dabei an eine weiter gehende Prüfung, als die des Vorhandenseins der formalen (statutarischen) Voraussetzungen für die Darlehensgewährung denkt, so würde damit dem Regierungskommissär eine Aufgabe zugemuthet, die er nicht erfüllen kann und welche ihn in ständigen Konflikt mit der Verwaltung des betreffenden Instituts bringen würde.

Eingehend beschäftigt sich die Abhandlung mit den Modalitäten, in welchen die Ansprüche der Pfandbriefbesitzer durch sie selbst oder den gemeinsamen Kurator geltend zu machen sind. Nach österreichischem Rechte ist die Einzelverfolgung ausgeschlossen, wo es sich um gemeinsame Angelegenheiten der Pfandbriefbesitzer handelt. Die Anwendung dieser Bestimmung auf den Einzelfall führt, wie Verfasser zeigt, zu Zweifeln. Ob aber die Interpretation des Verfassers: „gemeinsam sind diejenigen Rechte, welche aus dem Eigenthum des Papieres an und für sich hervorgehen und somit alle Papiereigenthümer gleichmäßig treffen", der Schlüssel zur Lösung dieser Zweifel ist, erscheint recht fraglich. Das „Eigenthum am Papier" ist kein Kriterium für die gemeinsamen Rechte;

Digitized by Google

auch bei den Ansprüchen, welche Verfasser der Einzelverfolgung zuweist (z. B. Anspruch auf Bezahlung eines verfallenen, aber noch nicht zur Einlösung gelangten Coupons, S. 108) ist der Rechtsgrund der gleiche. —

München 1895. Pöhlmann.

4. W. v. Blume. Novation, Delegation und Schuldübertragung. Göttingen 1895. IV und 168. 8°.

Diese Schrift zerfällt in zwei Theile. Im ersten Theil, der überschrieben ist: Kritische Streifzüge im Gebiete der Novation, weist der Verf. in der Einleitung zunächst die Novation mit Gläubigerwechsel überhaupt aus dem Begriff der Novation hinaus, indem er namentlich Gewicht darauf legt, daß in den anderen Fällen der Novation — mit Verbleiben des alten Gläubigers —, wenn Novationsabsicht nicht vorlag, die neue Obligation solidarisch neben die alte tritt, und mit einmaliger Leistung von der Schuldnerseite beide Obligationen erlöschen, während bei der Novation mit Gläubigerwechsel dies nicht zutrifft, der Schuldner zweimal zahlen muß. Weiter geht der Verf. (S. 6—19) auf die Frage über, ob die novirende Obligation ex stipulatu ihrem Bestande nach abhängig ist vom Bestande der novirten Obligation. Er bejaht diese Frage — für den Fall des Verbleibens des Gläubigers bei der Novation —, wobei er ausführt, daß, wenn die alte Obligation mit einer Einrede behaftet war, es zur Entkräftung der neuen Obligation der Einschiebung einer exceptio in factum oder doli generalis bedurft hätte. Während bei dieser Art der Novation Bezug genommen wurde auf die alte, die novirte Obligation, soll bei der Activnovation, der Novation mit Gläubigerwechsel, eine derartige Bezugnahme in der Regel nicht stattgefunden haben, und dann soll nur aus Billigkeitsrücksichten eine Anfechtung der neuen Obligation dem Delegatar gegenüber gestattet worden sein. Am Schluß dieses Theils (S. 20—36)

Digitized by Google

führt der Verf. aus, daß die Passivnovation in Rom zu Delegationszwecken überhaupt nicht verwendet worden sei, wobei er l. 13, l. 19, l. 33 D. 46,2, l. 5 § 5 D. 44,4, l. 1 § 10 D. 44,5 als Fälle der Activnovation auffaßt.

Der zweite, umfangreichere Theil behandelt die Schuldübertragung; er zerfällt wieder in zwei Unterabtheilungen: die freiwillige befreiende Schuldübertragung und die nothwendige bestärkende Schuldübertragung. Nachdem der Verf. den Begriff der Schuldübertragung definirt hat als die Begründung einer Verpflichtung, welche ihre materielle causa mit der Verpflichtung einer anderen Person theilt (S. 44), wendet er sich zur freiwilligen befreienden Schuldübertragung im römischen Recht. Die Hauptgründe für die Entwickelung der Schuldübernahme, sei es durch Novation oder Litiskontestation, sieht der Verf. einmal darin, daß bei dem Mangel der freien Stellvertretung sich häufig die Uebertragung der Schuld des kontrahirenden Ersatzmann's auf den Geschäftsherrn notwendig machte, sowie darin, daß im älteren Recht auch bei Erfüllung einer Schuld durch einen Dritten das Vorausgehen einer Schuldübernahme nothwendig war, weil nicht Erfüllung allein die Obligation tilgte, sondern ein solenner Aufhebungsact dazu erforderlich war, der Gegenwart der Obligationssubjecte voraussetzte. In Bezug auf den Zustand beider Schuldübertragungsgeschäfte zur Zeit Justinian's kommt Verf. namentlich auf Grund von l. 2 C. de pactis 2, 3 betreffs der Uebertragung durch Defension zu dem Resultat, daß der Litiskontestation dieser Zeit Vorverhandlungen zwischen Gläubiger und Schuldübernehmer über Uebergang der Schuld vorausgingen, wodurch für den Urschuldner eine exceptio pacti de non petendo zur Entstehung gelangte (S. 52—58). Bei dieser Art der Schuldübertragung, bei welcher mit der Litiskontestation sich der Uebergang der Schuld vollzog, ging die Schuld mit allen Mängeln, unter Aufrechterhaltung der Pfandrechte, Bürgschaften ꝛc. über. Bei der Schuldübertragung durch Versprechen des Uebernehmers stellt

Digitized by Google

der Verf. der civilen Novation durch Stipulation die prätorische durch constitutum debiti an die Seite: wie zu Justinian's Zeit die Tilgung der alten Obligation eine dahin gehende Abrede der Parteien erforderte, so mußte auch beim Constitutum durch eine entsprechende Abrede zwischen Constituent und Gläubiger derselbe Erfolg erzielt werden; ersteren Falls ging die alte Obligation ipso jure, letzteren Falls (l. 2 C. 2,3) ope exceptionis unter (S. 58—78). Zum Schluß erörtert Verf. die Frage, ob die Römer eine Singularsuccession in die passive Seite der Obligation für unmöglich erklärt haben (S. 78 bis 86). Unser heutiges Recht hat nach dem Verf. diese Defension und Passivnovation zu einer durch formlosen Vertrag zwischen Gläubiger und Neuschuldner zu bewirkenden Sondernachfolge in die Schuld verschmolzen.

Auf das heutige Recht nun übergehend (S. 86 ff.), präzisirt Verf. seinen Standpunkt dahin (S. 95), daß nur das Schuldübertragungsgeschäft, das durch Vertrag zwischen Gläubiger und Uebernehmer zu Stande kommt, die sog. Expromission, dogmatischen und praktischen Werth habe (§ 357 deutscher Entw. II. Lesung), daß dagegen die Basirung der Schuldübertragung auf den Vertrag zwischen Uebernehmer und Urschuldner (§ 358 ib.) einer mißverständlichen Auslegung deutscher Rechtsbildungen zu verdanken, überhaupt ein Unding sei (S. 162). Dies Letztere wird dann ausführlich S. 101—119 begründet.

In der heutigen Expromission, die das einzige der Sondernachfolge in die Schuld dienende Geschäft nach dem Verf. ist, habe sich die Verschmelzung der römischen Schuldübertragungsgeschäfte (Stipulation, Constitutum mit Novationsberedung, Defension), die bereits in Rom angebahnt war, vollzogen (S. 97); unser Schuldübertragungs-Vertrag zwischen Gläubiger und Neuschuldner sei die aus dem Prozesse in den formlosen Vertrag hineinverlegte defensio — eine Passivnovation mit Successionswirkung. Ueber den Inhalt dieses Vertrags wird S. 99—101 gehandelt; speciell über den Umfang der Haftung des Uebernehmers, über die Einreden, Konkursprivilegien, das Schicksal der Pfandrechte und Bürgschaften S. 119—135.

Digitized by Google

In der zweiten Unterabtheilung, überschrieben: Die nothwendige bestärkende Schuldübertragung (S. 136 ff.), wendet sich Verfasser den Fällen zu, wo als Folge einer ganzen Anzahl von Veräußerungsgeschäften (Erbschaftskauf, Vitalizienvertrag, Veräußerung eines kaufmännischen Geschäfts, Veräußerung eines hypothekarisch belasteten Grundstücks 2c.) — wie Delbrück nachgewiesen — die Praxis eine Haftung der erwerbenden Partei für die Schulden oder für eine bestimmte Gruppe von Schulden des Veräußerers festgestellt hat. Nachdem der Verf. den Begriff des Vermögens (S. 144 ff.), der Forderung (S. 146 ff.), des Verhältnisses der Forderung zum Schuldnervermögen (S. 153 ff.) erläutert hat, zeigt er zunächst Fälle einer nothwendigen Schuldübertragung bei den Römern (Erbschaft, Arrogation, Anfall der bona vacantia an den Fiskus) und führt dann aus, daß in allen den Fällen, in denen die Praxis eine direkte Klage fordert, — mit Ausnahme der Veräußerung eines hypothekarisch belasteten Grundstückes und Uebernahme einer vorhandenen Pacht oder Miethe bei Erwerb eines Pacht- oder Miethgrundstücks — eine Veräußerung eines Vermögens vorliegt, und die Haftung des Erwerbers nicht auf einem Schuldübernahmevertrag beruht, sondern kraft Rechtsnothwendigkeit mit dem Vermögensübergang eintritt. Diesen Satz vertheidigt Verf. noch besonders (S. 162—167) für die zwei soeben genannten Ausnahmen, indem er zugleich erklärt, daß außer in den, S. 161, 162 aufgeführten Fällen ein Bedürfniß zur Gewährung einer direkten Klage des Gläubigers gegen den sog. Schuldübernehmer nicht nachweisbar sei.

Zum Schluß möchte Referent, der ja vielfach mit den Ansichten des Verfassers nicht übereinstimmt, nicht die Bemerkung unterlassen, daß namentlich der zweite Theil der Schrift — mag man seinem Inhalt beistimmen oder nicht — jedenfalls als ein werthvoller Beitrag zu der vielumstrittenen Frage der Schuldübertragung zu betrachten ist.

Jena. Danz.

Digitized by Google

5. Dr. Carl Crome. Handbuch des Französischen Civilrechts begründet von Zachariae v. Lingenthal. 8. verm. u. verb. Auflage. In 4 Bänden. 1894/95. Freiburg i. B., Ernst Mohr.

Die achte Auflage des berühmten Werks des großen Heidelberger Gelehrten, dessen unsterbliche Verdienste um das französische Civilrecht besonders auch in Frankreich unumwunden anerkannt werden, liegt jetzt abgeschlossen vor. Daß der durch andere Arbeiten aus dem Gebiete dieses Rechts bereits bekannte neue Herausgeber, Prof. Dr. Crome-Berlin, das Werk verdienstvoll bereichert, auf's Neue in die Oeffentlichkeit schicken würde, war zu erwarten. Die nachstehende Besprechung beschränkt sich auf das Charakteristische der neuen im eigentlichen Sinne des Worts „vermehrten und verbesserten" Auflage.

Zachariae wollte, wie er in seiner Vorrede zur zweiten Auflage sagt, „eine vollständige, gedrängte und systematische Darstellung des gesammten allgemeinen Französischen Civilrechts" bieten, „ein Werk, in welchem bei einer jeden schwierigen Frage der Gelehrte und der Geschäftsmann wenigstens die Schriftsteller angeführt fände, die er zu seiner weiteren Belehrung zu Rathe ziehen könnte, das endlich auch die Hauptbestimmungen, unter welchen der Code Napoléon in den deutschen Staaten eingeführt worden ist, nicht unberücksichtigt ließe." Zachariae wollte also nicht etwa das deutsch-französische Recht, das Fremdrecht in seiner Weiterentwicklung auf deutschem Boden, er wollte ein fremdes Recht bearbeiten, und diesen Grundgedanken hat Crome, in so neuer Gestaltung er auch das Werk herausbringt, nicht aufgegeben. Während die französische Legislation bis in die jüngste Zeit — vgl. z. B. § 684 „von dem auf einer Seereise errichteten Testament nach dem Gesetz vom 8. Juni 1893" — in gleicher Weise wie der Kern der Gesetzgebung, der Code civil, behandelt ist, hat die Gesetzgebung der deutschen Staaten, in welchen französisches Recht gilt, wenn überhaupt, nur verweisende Behandlung in den Anmerkungen gefunden; und diesem Grundsatze entsprechend giebt der

Digitized by Google

dritte Theil „Prozessualische Bestimmungen" nicht etwa einen Ueberblick über unseren deutschen Civilproceß, sondern eine freilich etwas sehr „kurzgefaßte" Uebersicht über das französische Proceßrecht. Ob Zachariae, wenn er den gewaltigen Einfluß des deutschen Rechts auf die in Deutschland geltenden französischen Gesetze erlebt hätte, der Versuchung widerstanden hätte, später das in Deutschland heimisch gewordene Fremdrecht in seiner Weiterbildung auf deutschem Boden zur Darstellung zu bringen, möchte ich nicht entscheiden. Ich bin geneigt, die Frage zu bejahen; und die Wissenschaft muß dem neuen Herausgeber dafür dankbar sein, daß er dieser Versuchung widerstand, und obwohl ihm klar war, daß dem deutschen Praktiker die andere Lösung der Frage bequemer sein mußte, der Stimme strenger Wissenschaftlichkeit gehorcht hat.

Das Eigenartige der neuen Auflage kennzeichnet sich am Besten durch die eigenen Worte der bisherigen und des neuen Herausgebers. „Der berechtigte Wunsch" sagt Anschütz in seiner Vorrede zur fünften Auflage, „die Originalität des Werkes aufrecht zu erhalten, mußte zuvörderst von Aenderungen im Texte desselben absehen lassen. Hinsichtlich der Anmerkungen hätten Zweifel entstehen können. Indeß entschied auch hier die Rücksicht auf den untrennbaren Zusammenhang dieser Anmerkungen mit dem Ganzen und die Erwägung, daß auch bei der völligen Verschmelzung der neuen Zusätze mit den ersteren die dem Leser erwünschte Einheit schwer zu erreichen sein würde." In der Vorrede zur sechsten Auflage, Herausgeber Reichsoberhandelsgerichtsrath (später Reichsgerichtsrath) Dr. Puchelt, heißt es: „Auch bei dieser neuesten Auflage soll mit vollster Pietät dem Werke die ihm vom Verfasser gegebene Gestalt belassen und nur mit schonender Hand geändert, dagegen die neue Doktrin und Praxis vollständig benützt werden, um das in weiten Kreisen beliebte Buch auch den Erfordernissen der Gegenwart anzupassen"; und von denselben Grundsätzen ging Reichsgerichtsrath Dr. Dreyer bei

Digitized by Google

Herausgabe der siebenten Auflage aus. Ganz im Gegensatze dazu meint der neue Herausgeber, „daß wenn man aus der Noth nicht eine Tugend machen und überhaupt etwas für die Gegenwart Brauchbares schaffen will, wahre Pietät nur darin bestehen kann, das Gute eines Werkes dadurch zu erhalten und zu heben, daß es von dem Veralteten und Unhaltbaren geschieden, letzteres durch Neues ersetzt, und selbst das Alte, soweit hiernach erforderlich, in neuer Fassung vorgetragen wird."

Hatte man bis dahin den Text des Meisters mit einer ängstlichen Peinlichkeit geschont und hatte jeder der früheren Herausgeber nur in der Form von Zusätzen und Noten, die sich als von dem betreffenden Bearbeiter herrührend ausdrücklich kennzeichneten, seine etwa von dem Textinhalte abweichende Ansicht, die Ergebnisse der neueren Literatur sowie die jüngere Judikatur zu bringen gewagt, so hat Crome, von dem Bestreben geleitet, das ganze System des Buches der heutigen deutschen Rechtswissenschaft anzupassen, wo es ihm erforderlich schien, auch den Zachariae'schen Text geändert, so daß, wenn man nicht vergleichend die früheren Auflagen hinzunimmt, nur ein besonderer Kenner des ursprünglichen Textes erkennen kann, wo Zachariae aufhört, und sein Herausgeber anfängt und umgekehrt.

Daß er es gethan, wird ihm ernstlich als Mangel an Pietät nicht zugerechnet werden. Wollte er das Werk dem Stande der modernen Civilistik entsprechend herstellen, so konnte er füglich nicht anders handeln. Die Noten und Anführungen der früheren Herausgeber sind ebenfalls gefallen. Damit hat gewiß nicht gesagt werden sollen, daß die Bemerkungen der bisherigen Herausgeber unwerthe seien. Aber sie waren in der That zu einer solchen Unübersichtlichkeit angeschwollen, daß auch da ein entschiedener operativer Eingriff angezeigt erschien. Wer sich aber daran gewöhnt hatte, auch die Bemerkungen der früheren Herausgeber zu Rathe zu ziehen, und das werden bei der Bedeutung der drei Gelehrten nicht Wenige sein, der wird seinem „alten" Zachariae in seiner Bücherei einen

Digitized by Google

Platz neben der neuen Auflage einräumen, die doch ein anderes, ein eigenes Werk ist.

Von der Systemänderung mag hervorgehoben werden, daß Crome, nachdem er in der Einleitung rechtsgeschichtliche und literarische Ueberblicke gegeben, dann in dem ersten Theile von den Rechtsquellen, ihrer Anwendung und Auslegung gehandelt hat, im ersten Buche des zweiten Theils die Lehre von „die Rechte im Allgemeinen", die Personen, die Gegenstände der Rechte, ihre Art, Erwerb, Uebertragung und Untergang behandelt hat, in dem vierten Capitel dieses Buches den „Schutz der Rechte" zur Darstellung bringt. Hier findet man Klage, Einrede, Erlöschen der Ansprüche, Beweislast, Einfluß des Processes auf das streitige Recht, Princip der Rechtskraft bearbeitet, während Zachariae diese Lehren im Zusammenhange mit den processualischen Fragen behandelt hatte, so daß sie nun zum ersten Male ihre gebührende Stelle finden. Daß die Lehren von der Bedingung und Befristung, der Anfechtung, Anerkennung und Bestätigung nicht im ersten Buche, sondern im Zusammenhange mit dem Buche der Verbindlichkeiten behandelt sind, rechtfertigt der Herausgeber selbst durch den Hinweis auf die Behandlung dieser Materien im Gesetze, die die bisherige Darstellungsmethode offenbar hervorgerufen hat.

In eine Kritik von Einzelheiten einzutreten halte ich nicht für angezeigt. Wie der Autor eines neuen Werks mit den bisher auf dem Gebiete erschienenen literarischen Arbeiten nicht in jedem Punkt übereinstimmen kann, so wird auch der, der ein anderes Werk bespricht, gewiß nicht jedes Wort desselben unterschreiben wollen. Aber, wenn es sich dabei um Detailfragen handelt, so sollte doch jede solche Erörterung aus Allgemeinbesprechungen fern bleiben. Niemandem sind solche, der Natur nach nur aphoristische Auseinandersetzungen von Nutzen und deshalb verlangt sie ernstlich auch Niemand.

Die moderne, insbesondere auch französische und belgische Literatur hat der Herausgeber ausgiebig benutzt, die Rechtsprechung

Digitized by Google

des Kassationshofes wie auch des Reichsgerichts findet sich in Anmerkungen citirt, und ich halte es für einen Vorzug, daß Crome den bedeutendsten der modernen Schriftsteller des französischen Rechts, Laurent, der zur Zeit die Rechtsprechung mehr beherrscht als irgend einer der früheren französischen und belgischen Autoren, die seiner Bedeutung entsprechende Berücksichtigung hat zu Theil werden lassen.

Ich halte die neue Auflage für eine werthvolle Bereicherung der deutschen Rechtswissenschaft und glaube, daß die Arbeiten des Dr. Crome dem Buche auch in der französischen Rechtswelt auf's Neue Eingang verschaffen werden.

Ein ausführliches Sachregister erleichtert den Gebrauch des von der Verlagsfirma mit bekannten Vorzügen würdig ausgestatteten Werks.

Düsseldorf, Januar 1896. Dr. Cretschmar.

Digitized by Google

II.

Strafrecht.

Dr. jur. Woldemar Engelmann, Die Schuldlehre der Postglossatoren und ihre Fortentwicklung. Eine historisch-dogmatische Darstellung der kriminellen Schuldlehre der italienischen Juristen des Mittelalters seit Accursius. Leipzig, Duncker und Humblot, 1895. XIII und 242 S. 8°.

I.

Die strafrechtliche Literatur unseres Jahrhunderts ist angefüllt mit Erörterungen und Streitigkeiten über die Schuld, ihren Begriff und ihr Wesen im Allgemeinen, über die Merkmale ihrer Arten Dolus und Culpa, über deren Unterarten und ihren Einfluß auf die Strafbarkeit rechtswidriger Handlungen. Die neuere Wissenschaft hatte damit, in Ermangelung ausreichender Regelung der Grundfragen durch die Gesetzgebung, nothgedrungen eine Erbschaft angetreten, die ihr aus der älteren gemeinrechtlichen Doktrin des 17. und 18. Jahrhunderts überkommen war: eine Erbschaft, deren völlige Regulirung ihr bis auf den heutigen Tag noch nicht gelungen ist. Aber auch auf dem Boden der älteren Doktrin waren die in Rede stehenden Fragen nicht ursprünglich erwachsen; diese hatte sie wieder aus der italienischen Literatur des Mittelalters herübergenommen und war ihrerseits in der Lösung derselben über ihr Vorbild nicht weit hinausgekommen. So ist denn der Ursprung der ganzen modernen Schuldlehre mit all ihren Komplikationen, Unklarheiten und Streitfragen in der italienischen Doktrin des 13. bis 16. Jahrhunderts zu suchen, in Sonderheit in den Werken der Postglossatoren und Praktiker. Eine genaue Durchforschung dieser Werke und eine zusammenhängende, kritische

Digitized by Google

Darstellung ihres hierher gehörigen Inhalts scheint daher nicht nur von historischem Interesse, sondern auch von unmittelbarem Werth für die Klärung der heutigen Ansichten über die strafrechtliche Schuld zu sein.

Trotzdem war bisher eine solche Arbeit nicht unternommen worden. In den dogmengeschichtlichen Uebersichten der Systeme von Köstlin und Hälschner und ebenso in der Monographie Geßler's über den Begriff und die Arten des Dolus (1860) war die Schuldlehre der Italiener nur gestreift, und seitdem hat sich meines Wissens überhaupt Niemand mehr mit dieser Sache beschäftigt. Der Grund hierfür liegt m. Er. nicht sosehr (wie der Verfasser vorliegender Schrift in der Einleitung annimmt) in einer Unterschätzung der Bedeutung der italienischen Juristen für die Fortbildung des Strafrechts, als vielmehr, abgesehen von der geringen Neigung unserer Kriminalisten zu historischen Untersuchungen überhaupt, darin, daß man vor dem Studium dieser ebenso umfangreichen wie schwerfälligen und schwer lesbaren Literatur zurückscheute. Doch wie dem auch sei, jedenfalls hat sich der Verfasser des oben genannten Buches durch die darin enthaltene Bearbeitung der Schuldlehre der Italiener ein wirkliches Verdienst um unsere Wissenschaft erworben und eine Lücke in derselben in sehr anerkennenswerther Weise ausgefüllt.

Nicht, als ob seine Schrift gerade angenehm zu lesen wäre; vielmehr will es mir scheinen, als ob die Trockenheit und Schwerfälligkeit der behandelten Autoren auf die Darstellungsweise des Verfassers selbst etwas eingewirkt und als ob die Mühseligkeit der Arbeit ihm die rechte Frische und Flüssigkeit des Vortrags benommen hätte. Doch ist das nur die Schattenseite der Vorzüge des Buches. Die Hauptsache ist, daß der Verfasser ein überaus umfassendes und schwieriges Material mit großem Fleiße gesammelt und mit eindringendem Scharfsinn verarbeitet, und uns so ein wohl erschöpfendes Bild der mittelalterlichen italienischen Schuldlehre in all ihren Verzweigungen und Verästelungen, mit all

Digitized by Google

ihren Schwankungen und Kontroverſen in kritiſcher Beleuchtung gegeben hat.

Die Darſtellung umfaßt die italieniſche Literatur von der Gloſſe ab, deren Lehre bei Behandlung der einzelnen Fragen nur als Ausgangspunkt herangezogen wird, bis zum Ende des 16. und Anfang des 17. Jahrhunderts, bis zu Clarus, Menochius und Farinacius; außerdem finden bei manchen Punkten die Spanier Gomez und Covarruvias, die Franzoſen Bellapertika, Cujaz und Donellus, ſowie von Deutſchen Ulrich Zaſius Berückſichtigung, während gelegentlich auch auf die Einwirkung der Italiener auf die ſpätere Doktrin, insbeſondere auf Carpzov, hingewieſen wird. Ueber den Kreis der behandelten Autoren und ihre Werke giebt ein Quellen-Verzeichnis, über ihre Bedeutung im Ganzen wie im Einzelnen die Einleitung nähere Auskunft. Die Zuverläſſigkeit der Mittheilungen des Verfaſſers iſt dadurch verbürgt, daß die Anſichten der behandelten Schriftſteller meiſt durch Anführung ihrer eigenen Worte belegt werden.

Kann ſonach an dem wiſſenſchaftlichen Werth des Buches kein Zweifel ſein und iſt dieſer um ſo mehr anzuerkennen, als wir es anſcheinend mit der Arbeit eines Anfängers zu thun haben, ſo ſind doch andererſeits auch bezüglich des Inhalts einige Mängel hervorzuheben, die, bei einem Anfänger leicht erklärlich, jenem Werthe immerhin einigen Abbruch zu thun geeignet ſind. Ich will dieſe Mängel, da ſie allgemeiner Natur ſind, hier kurz andeuten; wie ſie ſich im Einzelnen geltend machen, wird die folgende Beſprechung zeigen.

Zunächſt ſcheint mir der Verfaſſer die hiſtoriſche Bedeutung ſeiner Aufgabe nicht ſcharf genug erkannt zu haben: er behandelt ſein Thema zu ſehr von dogmatiſchen, zu wenig von hiſtoriſchen Geſichtspunkten aus. Er ſucht die Schuldlehre der Italiener vor Allem zu einem Syſtem zu verarbeiten, und hierdurch iſt auch die Eintheilung des Buches beſtimmt. Im 1. Kap. handelt er von der Schuld überhaupt und den Schuldausſchließungsgründen,

Digitized by Google

im 2. Kap. vom Dolus, im 3. Kap. von einigen Zwischenstufen zwischen Dolus und Culpa (dolus praesumtus und culpa dolo proxima), im 4. Kap. von der Culpa; innerhalb dieser Rubriken wird je zunächst Definition und Begriff, dann die einzelnen Begriffsmerkmale, schließlich, soweit erforderlich, die Strafbarkeit erörtert und dabei auf die Schwankungen und Wandlungen innerhalb der Doktrin eingegangen. Dabei kommt aber der historische Zusammenhang, in dem diese Doktrin als Ganzes steht, zu kurz, d. h. der Zusammenhang mit dem Rechte ihrer Zeit, von welchem sie — neben dem römischen Recht — ihre Anregung erhalten und auf welches sie selbst umgestaltend eingewirkt hat. Die Folge davon ist, daß eben diese Anregungen und Einwirkungen, die historischen Fortschritte, welche die italienische Doktrin durch ihre Bearbeitung der Schuldfrage im geltenden Recht bewirkt oder angebahnt hat, nicht immer in das gehörige Licht treten. Gerade in diesen Punkten liegt aber die eigentliche entwicklungsgeschichtliche Bedeutung der Italiener auf diesem Gebiete, und gerade diese ist von unserem Verfasser weder so scharf betont noch so klar erkannt worden, wie in dem bald nach dem seinen erschienenen Werke von Alexander Löffler über die Schuldformen des Strafrechts[1]). Daher scheint es mir auch nicht zweckmäßig, mich bei der nachstehenden Besprechung der Ergebnisse an die oben angeführte Reihenfolge der Materien anzuschließen.

Ein anderer Mangel hat seinen Grund darin, daß der Verfasser bezüglich der Schuldbegriffe sowie der dabei in Betracht kommenden psychischen Thatsachen sich selbst noch in dem engen Banne gewisser moderner Schulmeinungen befindet und dadurch in seinem Urtheil über die alten Juristen vielfach befangen ist. Indem er die Sätze derselben nach jenen Schuldbegriffen konstruirt, trägt er Ideen hinein, die ihnen fremd sind; indem er sie hiernach kritisirt, kommt er nicht zu ihrer richtigen Würdigung.

---

[1]) Band I Abth. 1, Leipzig 1895; vgl. hier bes. S. 144 ff.

Digitized by Google

II.

Die italienischen Juristen vom 13. bis 16. Jahrhundert waren sich der Um- und Fortbildung des Rechts, die von ihnen ausging, nicht bewußt; sie waren keine Reformatoren. Vielmehr hielten sie, wie ihre Vorgänger, die Glossatoren, fest an der Grundlage des römischen Rechts und gedachten keineswegs, prinzipiell über dasselbe hinauszugehen oder es den neueren Verhältnissen entsprechend umzugestalten. Wohl aber unterschieden sie sich von den Glossatoren wesentlich dadurch, daß sie das römische Recht nicht nur, wie diese theoretisch interpretiren, sondern für die Praxis ihrer Zeit bearbeiten wollten, und das konnten sie nur, wenn sie zugleich auf das in der Praxis, bei den Gerichten gehandhabte, vielfach noch auf altgermanischen Anschauungen beruhende Gewohnheits- und Statutarrecht Rücksicht nahmen. Der Gegensatz zwischen dem letzteren und dem römischen Recht ist es dann erst gewesen, der diese Juristen, ohne daß sie es merkten, dazu brachte, nach einem Ausgleich zu suchen, der sie veranlaßte, an den römischen Leges solange herum zu interpretiren, bis sie einen für die Praxis annehmbaren Sinn erhielten; andererseits aber auch das Statutarrecht so umzumodeln, daß es mit der freilich nun etwas fadenscheinig gewordenen Autorität der römischen Quellen zusammen bestehen konnte.

Von großen leitenden Ideen, von neuen durchgreifenden Gesichtspunkten sind die Kommentatoren und Praktiker dabei nicht beherrscht gewesen; wo sie Neues bringen, geschieht es mehr instinktiv als bewußt und die dabei aufgewandte Geisteskraft ist gering. Im Einzelnen betrachtet erscheinen ihre Arbeiten in der That nur als „tastende Versuche, unklare Ahnungen, abgeschmackte Interpretationskünste und oberflächliche Kompromisse" (Löffler a. a. O. S. 158). Auch haben sie, was für die Schuldlehre natürlich von besonderer Bedeutung ist, einen nur sehr unvollkommenen Einblick in die psychischen Vorgänge beim Menschen. Allein hinter diesen geistesarmen Versuchen, unvereinbare Gegensätze zu vereinigen, steht als treibende Kraft doch ein lebendiges

Digitized by Google

Rechtsgefühl, welches aus den veralteten Trümmern des römischen und des germanischen Rechts ein der Zeit entsprechendes neues Recht zu gestalten strebt, und gerade diesem Umstande ist der große Einfluß zuzuschreiben, den jene Arbeiten auf die italienische Praxis gewonnen haben. Thatsächlich ist daher durch diese scheinbar am römischen Recht festhaltende und zunächst nur auf äußere Praktikabilität gerichtete Bewegung diejenige Fortentwicklung angebahnt worden, welche in ihrem weiteren Verlaufe zu dem heutigen, modernen Rechte geführt hat. Mit Recht hat daher der Verfasser seine Darstellung auf die Schuldlehre der Postglossatoren und ihrer Nachfolger beschränkt.

Der Gegensatz nun, der sich diesen Juristen in Rücksicht der strafrechtlichen Schuld entgegenstellte und den sie daher, wenn sie praktisch wirken wollten, zu überwinden trachten mußten, bestand in erster Linie darin, daß die römischen Quellen, abgesehen von einigen singulären Ausnahmen, öffentliche Strafen nur bei dolosen Handlungen eintreten ließen, bei Tödtungen insbesondere den animus necandi erforderten, während dagegen die Statuten (wenigstens die älteren) ihre Strafen meist ohne jede Erwähnung des Schuldmoments auf die äußere Verübung einer That setzten (wie insbesondere bei Tödtungen)[1]) und die Praxis, hierin den Standpunkt des germanischen Privatstrafrechts festhaltend, die poena statuti nun unterschiedslos auf jede derartige That in Anwendung brachte, ohne auf das innere, psychische Verhältniß des Thäters zu seiner That Rücksicht zu nehmen. In poenis statutariis non inspicitur animus, sed factum, berichtet Bartolus[2]).

---

[1]) Der Verfasser hat das italienische Statutarrecht selbst nicht in den Kreis seiner Arbeit gezogen; er weiß davon nur, was er bei einzelnen Schriftstellern darüber findet. Speziell bearbeitet ist das Strafrecht der italienischen Statuten jetzt von Kohler, Studien aus dem Strafrecht II, III (1895); allein die die Schuld betreffenden Fragen sind dabei nur kurz (III S. 181—207) und in dem diese ganze Schrift charakterisirenden Excerpten- und Notizenstil behandelt.

[2]) Vgl. auch Angelus Aretinus, rubr. Et ex intervallo dictus Titius n. 15: Statuta per Italiam puniunt factum, non animum.

Digitized by Google

In diesem Gegensatze liegt der Ausgangspunkt der ganzen Bewegung; ihn zu überbrücken, sind die Postglossatoren zu Neuerungen geradezu gedrängt worden, und gerade dies ist von unserem Verfasser nicht klar und bestimmt genug herausgestellt worden. Handelt er doch von der Culpa erst im letzten Kapitel, von ihrer hier vor Allem interessirenden Strafbarkeit erst im letzten Paragraphen (§ 32) seines Buches.

Dem Statutarrecht und der Praxis gegenüber stellten die italienischen Juristen — und zwar für die germanisch-romanische Welt zum ersten Male in prinzipieller Weise — den Satz auf, daß rein zufällige Rechtsverletzungen nicht strafbar seien, daß jede Strafe zum mindesten Culpa voraussetze. Maleficium casu commissum nullo modo punitur, sagt Gandinus. Als Grundlage hierfür diente das römische Recht. Andererseits wurde abweichend von letzterem, zwar nicht auf Grund der Statutarrechte, wie der Verfasser meint, wohl aber als Concession für diese die allgemeine Strafbarkeit kulposer Delikte anerkannt, soweit nicht bei manchen Deliktsarten (wie bei der Beleidigung) der Dolus als begrifflich nothwendig erschien: ubi animus non est de substantia delicti. Obgleich man hiermit über das römische Recht hinausging, suchte man doch auch diesen Satz aus dessen Quellen abzuleiten, indem man die wenigen Stellen, welche gewisse kulpose Verübungen ausnahmsweise mit Strafe bedrohen, ihrem wahren Sinne zuwider als Ausflüsse eines allgemeinen Prinzips deutete. Gegenüber denjenigen Quellenaussprüchen aber, welche lediglich zwischen dolus und casus unterscheiden und letzteren für straflos erklären, bot einen Ausweg die schon von der Glosse in Anlehnung an l. 1 § 3 D. ad leg. Corn. de sic. 48, 8[1]) aufgestellte Lehre, daß innerhalb des casus selbst wieder unterschieden werden müsse zwischen reinem, zufälligem casus, dem casus fortuitus, und schuldhaft herbeigeführtem casus, dem casus

[1]) Die betreffende Stelle lautet: leniendam poenam eius, qui in rixa casu magis quam voluntate homicidium admisit.

Digitized by Google

culpa praecedente. Fälle der letzteren Art wurden nach manchen Schwankungen und Irrungen — veranlaßt durch die Bestimmungen des kanonischen Rechts über Irregularität, welche auch bei rein zufälligem tödtlichem Erfolg einer an sich schuldhaften Handlung (bei versari in re illicita oder culpa praecedens in diesem Sinne) eintreten sollte — als rein kulpose Delikte erkannt, wobei das Wort casus nur noch den schuldhaft verursachten Erfolg bezeichnete. Durch diese Unterscheidung kam die Doktrin in die Lage, einerseits nach römischem Recht die Straflosigkeit des casus, nur beschränkt auf casus fortuitus, ubi culpa non praecedit, beizubehalten, andererseits aber für die Praxis die Strafbarkeit des casus culpa praecedente, d. h. also des kulposen Delikts aufzustellen.

Bezüglich des Begriffs der culpa und ihrer Abgränzung gegenüber dem casus fortuitus knüpfte die italienische Doktrin ebenfalls an das römische Recht an. Da aber die wenigen Bestimmungen desselben über die culpa bei Kriminalfällen nicht ausreichten, so zog man die Vorschriften über die zivilrechtliche culpa, insbesondere die Stellen über die Lex Aquilia zur Ergänzung heran und kam so dazu, auch die Grade der zivilrechtlichen culpa, und zwar die von der Glosse her überlieferten drei Grade: culpa lata, levis und levissima in das Strafrecht herüberzunehmen.

Die culpa wird hiernach von den italienischen Juristen auch für das strafrechtliche Gebiet bezeichnet als negligentia; sie besteht in einem non intelligere, in dem Nichterkennen der kausalen Folgen oder der Rechtswidrigkeit (hierüber vgl. unten III) der Handlung, obwohl diese Erkenntniß nach Maßgabe der menschlichen Kräfte und der konkreten Umstände, sei es allen übrigen Menschen, oder jedem diligens, oder diligentissimus möglich war; sie beruht daher auf der Außerachtlassung derjenigen Diligenz, welche alle übrigen Menschen, bezw. jeder diligens, bezw. diligentissimus unter solchen Umständen anzuwenden pflegen. Je nach dem Grade

Digitized by Google

der versäumten Diligenz werden die drei erwähnten Schuldgrade unterschieden, obschon einige, wie Decian, auf die Relativität dieser Unterscheidungen hinweisen.

Dieser Auffassung entspricht dann auch die zuerst von Jac. de Belvisio und Cinus präzis gefaßte Abgränzung der culpa vom straflosen casus fortuitus. Letzterer ist derjenige casus, qui humana providentia praevideri und daher evitari non potest, während kulpos der casus ist, qui per diligentiam hominis potuit praevideri, wofür Baldus den Ausdruck casus improvisus gebraucht. Nicht vorausseh*bar* ist aber der casus dann, wenn die Handlung regelmäßiger Weise nicht auf einen solchen Erfolg hinwirkt; vorausseh*bar*, wenn dies der Fall: Aut culpa non est ordinata ad casum, et excusatur per casum; aut culpa est ordinata ad casum, et tunc non excusatur per casum, wie Baldus das Verhältniß bezeichnet.

Irgend welche Wissensmomente sind hiernach in dem Culpabegriff der Italiener nicht enthalten, auch nicht in der culpa lata (soweit sie diese nicht als dolus ansahen, sog. culpa latior oder culpa dolo proxima, wovon unten IV.). Eine sog. bewußte Fahrlässigkeit ist ihnen durchaus fremd, und zwar nicht, wie der Verfasser von seiner höchst problematischen Auffassung des römischen Rechts aus (s. unten IV.) annimmt, weil sie in dieser Beziehung den Sinn der römischen Quellen nicht erfaßt hätten, sondern m. E. deshalb, weil diese Quellen bei unbefangener Betrachtung für eine andere Auffassung eben schon damals keinen Anhalt boten. Auch die Annahme des Verfassers, daß wenigstens einige dieser Schriftsteller Fälle, in welchen der Thäter das Bewußtsein von der Möglichkeit des rechtswidrigen Erfolges hat, als culpa lata aufgefaßt hätten (S. 93, 197, 203—206), kann ich nicht für richtig halten; vielmehr scheint er mir dieses Bewußtsein in die betreffenden Stellen lediglich hineinzuinterpretiren, wie besonders bei Salicet, Zasius und dessen Anhänger Bargalius. Denn wenn Salicet sagt, culpa lata sei non cogitare casum naturaliter

Digitized by Google

vel verisimiliter eventurum inspecta indigentia praesentis status, so heißt das eben, daß der Thäter an die Gefahr nicht denkt, obgleich er im Allgemeinen weiß, daß Fälle, wie dieser, eine gewisse Vorsicht erheischen, und es kann nicht, wie der Verfasser will, dahin wiedergegeben werden, daß der Thäter das Bewußtsein von der Gefahr hat, aber nicht an den Eintritt glaubt. Das ergeben auch die sonstigen Bezeichnungen und Beispiele der l. c. bei Salicet, wie imprudenter et sine proposito omittere vel facere, enormiter errare in arte consueta etc.[1]). Ebenso willkürlich ist es, aus den Umschreibungen der sog. lata culpa ignaviae bei Zasius und seinen Anhängern zu schließen, daß diese darin vor Allem die bewußte culpa gesehen haben; l. c. ignaviae wird von ihnen definirt als supina ignorantia vel negligentia vitio naturae parum perspicacis vel ex prava educatione contracta, sie ist wesentlich ein non intelligere, und wenn Bargalius die Bezeichnung levis culpa unter Anderem daraus ableitet, daß bei ihr, im Gegensatz zur lata culpa, nulla conjectura colligi potest animus mali conscius, so ist zu beachten, daß die entgegengesetzte c. lata bei diesen Autoren auch die sog. culpa l. versutiae umfaßt, bei welcher die negligentia thatsächlich nur simulirt, in Wahrheit aber ein animus mali conscius zu vermuthen ist (s. unten IV.)[2]). Ja selbst diejenigen, welche, wie Salicet und Alciat, die Fälle vorsätzlichen Unrechts, bei denen die Römer des ehrenwerthen Motivs wegen (z. B. amici gratia) den Ausdruck dolus vermeiden, zur culpa lata rechnen, begründen auch diese nur mit der negligentia des Handelnden, ohne das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit irgendwie zu erwähnen.

---

[1]) Salicetus, Dig. vet. Tit. depositi, Lex quod Nerva (l. 32 D. depos. 16, 3) n. 9, 12. So sagt derselbe auch zur Lex quoniam (l. 6 C. ad leg. Jul. de vi 9, 12) n. 6: et sic fuit in lata culpa, si non praecogitavit.

[2]) Vgl. Bargalius, Tract. de dolo Lib. V cap. 2 n. 1—5, cap. 3 n. 3, 4.

Digitized by Google

Alle angeführten Sätze über die culpa sind hauptsächlich durch Bartolus und Baldus zu derjenigen Ausbildung gebracht worden, welche für die Folgezeit maßgebend geblieben ist und über welche wir auch heute, abgesehen von der Wiederausscheidung der Culpagrade, noch nicht hinausgekommen sind. Daß die Postglossatoren die Culpa dabei nicht als Willensschuld aufgefaßt und definirt haben, wie der Verf. S. 187 f. tadelnd hervorhebt, gereicht ihnen nicht zum Vorwurf, sondern zeigt nur, daß ihnen gewisse moderne Irrwege noch fremd waren. Denn wenn man die Dinge ansieht, wie sie sind, und nicht, wie der Verfasser, in aprioristischen Theorieen befangen ist, so wird man in einem Verhalten, welches jedenfalls das Unrecht nicht will, auch nicht einen Fehler des Wollens, nicht eine „Willensschuld" in diesem Sinne erblicken können. Andererseits ist es aber auch nicht richtig, deshalb nun zu sagen, die Postglossatoren hätten das kulpose Delikt „weniger in seiner Bedeutung als schuldhafte und deshalb strafbare Handlung aufgefaßt, sondern mehr als ein objektiv gefährliches Verhalten, das mittelst Strafen zu unterdrücken sei". Allerdings wird ja das „propter malum exemplum" aus l. 3 § 2 D. ad leg. Corn. de sic. und l. 38 § 5 D. de poenis den Römern mehrfach nachgesprochen, aber damit doch nicht der eigene Gedanke der italienischen Doktrin zum Ausdruck gebracht. Dieser ergibt sich vielmehr aus der Abgränzung der culpa vom straflosen casus; bei ersterer ist der Thäter strafbar, weil er das Unrecht, welches er verübt hat, mit seinen psychischen Kräften hätte erkennen und daher vermeiden können. Dieser psychische Antheil an der rechtswidrigen That ist auch Schuld, wenn auch keine „Willensschuld", und der polizeiliche Gesichtspunkt des „malum exemplum" spielt dabei gar keine Rolle.

Eine, in seinem Sinne rühmliche Ausnahme von der getadelten Auffassung der culpa glaubt der Verfasser übrigens bei Baldus und Decian konstatiren zu können (vgl. S. 19 ff., 188, 193, 196). Allein auch hierin kann ich ihm nicht beitreten.

Digitized by Google

Denn wenn Baldus der prava voluntas des dolus die imprudens voluntas bei culpa gegenüberstellt und weiter sagt: dolus malus pertinet ad pravitatem voluntatis, culpa pertinet ad effectum cognitionis; wenn ferner Decian das Delikt (nicht: die Schuld, wie Verf. sagt) definirt als voluntaria declinatio a bono vel ex malicia vel ex negligentia, und dann den dolus als vitium voluntatis, die culpa dagegen als vitium intellectus et memoriae bezeichnet, — so ist damit m. E. so deutlich wie möglich gesagt, daß zwar beide Schuldarten ein willkürliches Handeln erfordern, daß aber lediglich der dolus auf einem Fehler des Willens beruht. Eine völlige Entstellung dieses Sinnes ist es dagegen, wenn der Verfasser durch dialektische Künsteleien die bei der Culpa vorliegende voluntas, welche von den genannten Autoren auf das Handeln bezogen und auf ein vitium intellectus zurückgeführt wird, so darstellt, als ob sie selbst wieder diesem vitium intellectus zu Grunde läge, so daß letzteres und dadurch mittelbar auch das kulpose Handeln selbst, gleich dem Dolus, auf einem vitium voluntatis beruhte. Am deutlichsten zeigt sich diese Entstellung auf S. 196, wo er die Decianische Definition: voluntaria declinatio a bono ex negligentia, dahin umdreht: die negligentia sei schuldhaft, weil sie selbst „willkürlich und eine voluntaria declinatio a bono" sei. Während m. a. W. bei Decian der Wille der Ausfluß der Negligenz ist, macht der Verfasser die Negligenz zu einem Ausfluß des Willens.

Nach dem Allen ist es jedenfalls unzutreffend und den eigenen Angaben des Verfassers über die herrschende Auffassung der Italiener widerstreitend, wenn er S. 197 deren Culpabegriff allgemein als „schuldhaften", als „nicht bewußt rechtswidrigen Willen" charakterisirt. Das muß um so nachdrücklicher hervorgehoben werden, als zu besorgen steht, daß sich die Vertreter der heutigen Willensschuld-Lehre nun auf Grund dieser Ausführungen des Verfassers auf die alten Italiener als Gewährsmänner für

Digitized by Google

ihre Lehre berufen werden, die doch vom Verfasser selbst erst in jene hineingetragen worden ist. —

Nach Ansicht der meisten italienischen Juristen, insbesondere des Bartolus, erstreckt sich die Strafbarkeit der kulposen Delikte auf alle Culpagrade; einige jedoch, wie Cinus, später Bossius und Clarus, wollten bei culpa levis wenigstens kriminelle, bezw. körperliche Strafen ausschließen, während Baldus in dieser Frage eine Mittelstellung einnahm. Allgemeine Uebereinstimmung bestand dagegen darüber, daß bei keiner Art von Culpa, auch nicht bei culpa lata, die Strafbarkeit derjenigen wegen Dolus gleichzustellen sei. Indem man vielmehr den im römischen Recht zunächst für die Lex Cornelia de sicariis aufgestellten Grundsatz: culpa lata dolo non aequiparatur — von einigen in den Quellen statuirten, übrigens kontrovers gebliebenen Ausnahmen abgesehen — auf alle Kriminaldelikte ausdehnte, und andererseits die in demselben Digestentitel für gewisse nicht dolose Tödtungsfälle angeordnete Strafmilderung generalisirte, stellte man die allgemeine Regel auf, daß kulpose Delikte milder zu bestrafen seien als dolose, daß bei ihnen nicht die gesetzliche poena ordinaria, insbesondere nicht die Todesstrafe, sondern eine pro modo culpae zu bemessende, arbiträre Strafe einzutreten habe. Nach dieser, sonach auf das gemeine Recht gestützten Regel suchte man dann auch die Statuten restriktiv zu interpretiren, deren meist absolute Strafsatzungen der Schuld überhaupt nicht Erwähnung thaten und die Strafen daher auch nicht nach dolus und culpa abstuften. Diese statutarischen Strafen, sagte man, bezögen sich ihrem wahren Sinne nach überhaupt nur auf dolose, nicht auf kulpose Verübungen, und da nun beim Schweigen der Statuten subsidiär das gemeine Recht zur Anwendung komme, so seien kulpose Delikte nach letzterem stets mit einer milderen arbiträren Strafe zu belegen.

Diese von der Doktrin einmüthig vertretene Ansicht stieß aber auf einen scharfen Widerstand der Praxis. Die Gerichte beriefen sich hiergegen auf den strikten, jede Unterscheidung ausschließenden

Digitized by Google

Wortlaut der Statuten — wogegen sie von den Gelehrten und Advokaten wieder den Vorwurf geistloser Buchstabeninterpretation entgegen nehmen mußten — und fuhren fort, die gesetzlichen Strafen, ohne zwischen doloser und nicht doloser Verübung zu unterscheiden, auf alle dem Wortlaut des Gesetzes entsprechenden Fälle anzuwenden. Trotzdem ist es der Doktrin gelungen, insbesondere auf die Autorität des Baldus hin, diese formalistische Praxis allmählich ins Wanken und endlich zum Scheitern zu bringen. Im 16. Jahrhundert gilt die Ansicht, daß bei culpa nicht die poena statuti, sondern eine arbiträre Strafe einzutreten habe, für allgemein rezipirt.

III.

Die Aufstellung der Lehre, daß kulpose Delikte allgemein strafbar, andererseits aber geringer strafbar seien als dolose, führte zu weiteren Konsequenzen; durch sie vor Allem wurde die italienische Doktrin auch zu Modifikationen auf dem Gebiete der Doluslehre veranlaßt. Auch diese Zusammenhänge sind dem Verfasser entgangen. Die hier hauptsächlich in Betracht kommende Erweiterung des Dolusbegriffs sucht er in rein äußerlicher Weise aus dem Streben zu erklären, die praesumtio doli zu umgehen; um die bei dolus praesumtus eintretende Strafmilderung zu vermeiden, habe man den Präsumtionsgrund zum Dolusmerkmal erhoben (S. 49 ff., 138). Diese Ansicht scheitert schon an dem gegen die praesumtio doli jeder Zeit zugelassenen Gegenbeweis.

Aus jener Lehre ergab sich vor Allem die Nothwendigkeit, das Verhältniß des Dolus zur Culpa genauer in's Auge zu fassen, als dies in den römischen Strafbestimmungen geschehen war, die nur den Gegensatz von Dolus und Nichtdolus kannten und alle nicht dolosen Handlungen unterschiedslos zum regelmäßig straflosen casus rechneten.

Was den Begriff des strafrechtlichen Dolus selbst betrifft, so war für die italienischen Juristen auch hier wieder zunächst das römische Recht maßgebend. Mit diesem verstanden sie prinzipiell

Digitized by Google

unter Dolus den Willen, ein Verbrechen zu verüben, die Absicht oder das Streben (animus, intentio), einen rechtswidrigen Erfolg herbeizuführen, und zwar mit dem Bewußtsein seiner Rechtswidrigkeit. Dieses Bewußtsein gilt durchweg als wesentliches Merkmal des Dolus, der eben deshalb als malicia, prava voluntas, animi pravitas charakterisirt wird; der Mangel dieses Bewußtseins schließt den Dolus überall aus, und zwar ohne Unterschied, ob die Unkenntniß auf justa oder injusta causa beruht, oder ob es sich dabei um einen thatsächlichen oder rechtlichen Irrthum handelt. Der schon von der Glosse aufgestellte Satz „quaelibet ignorantia etiam juris excusat a dolo“ wird von der ganzen folgenden Doktrin ausnahmslos festgehalten. Nur wird im Prozeß, wenn nach den konkreten Umständen die Berufung auf Rechtsunkenntniß unglaubwürdig erscheint, wie z. B. bei ignorantia juris notorii, besonders juris naturalis oder gentium, oder bei Rechtsgelehrten, die Rechtskenntniß und damit der Dolus wie auch sonst präsumirt (auch hier vorbehaltlich des Gegenbeweises), oder es wird, sofern injusta causa zu Grunde liegt, culpa lata angenommen. Nur in diesem Sinne wird gesagt: ignorantia juris non excusat. Dagegen ist Irrthum über Art und Schwere der Strafe irrelevant.

Neben den reichen Quellenbelegen, die der Verfasser S. 26 f., 41—48 vorgebracht hat, ist hierfür noch zu verweisen auf die von Meili im 4. Bande der Zeitschr. für internat. Privat- u. Strafr. S. 264 Nr. 20 und S. 467 f. Nr. 95 abgedruckten Stellen aus den Codexkommentaren des Bartolus und Baldus, in welchen die Anwendbarkeit statutarischer Strafen gegen Fremde von deren Kenntniß oder Unkenntniß des Statuts abhängig gemacht wird [1]). Es seien hierbei, und zwar, wie Baldus sagt, nach gemeiner Meinung der Doktoren, folgende Fälle zu unterscheiden:

[1]) Auch im Sonderabdruck: Die theoretischen Abhandlungen von Bartolus und Baldus über das internat. Privat- und Strafrecht zusammengestellt von F. Meili, Leipzig 1894, S. 18 f. n. 20, S. 55 f. n. 95. Vgl. auch Kohler in derselben Zeitschrift Band 5 S. 234.

Digitized by Google

1. Ist das von dem Fremden verübte Delikt zugleich ein Delikt des gemeinen Rechts, so trifft den Thäter die Strafe des Statuts; denn dessen Unkenntniß bewirkt hier nur Unkenntniß der Strafart oder Strafgröße, schließt aber das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit nicht aus.

2. Das Gleiche gilt auch dann, wenn es sich zwar um ein lediglich statutarisches Delikt handelt, der Fremde sich aber schon so lange in der betr. Stadt oder dem betr. Lande aufgehalten hat, quod sit verisimile eum habere notitiam statuti; der Dolus wird also, weil wahrscheinlich, präsumirt.

3. Hat sich der Fremde aber noch nicht so lange hier aufgehalten, so ist weiter zu scheiden:

a) ob die betr. That allgemein, in allen Städten und Ländern verboten ist (ut puta ire cum armis), oder

b) ob dies nicht so allgemein der Fall (ut portare margaritas);

im ersteren Falle ist bei Unkenntniß des Statuts zwar die Dolusstrafe ausgeschlossen, aber der Thäter ist strafbar wegen culpa lata (non licet allegare ignorantiam ad totalem excusationem; debet puniri propter supinam ignorantiam); im zweiten Falle dagegen non tenetur, nisi fuerit sciens[1]). —

Indem nun aber die Doktrin in dieser Weise den Dolus als Wollen der Rechtswidrigkeit, die Culpa als Nichterkennen der-

[1]). Uebereinstimmend hiermit auch die kanonistische Doktrin; vgl. jetzt Hinschius, Kirchenrecht V, 921 ff. Für die im Text sub 3, gegebenen Entscheidungen berufen sich daher Bartolus wie Baldus auch auf c. 2 in 6'° de constit. 1, 2, deren Inhalt die Summa des Joann. Andr. dahin angiebt, quod statuta ordinariorum non ligant probabiliter ignorantes. — Aus alle dem ersieht man, wie wenig begründet es ist, wenn v. Liszt noch in der eben erscheinenden 7. Auflage seines Lehrbuchs S. 158 Note 3 sagt, die Forderung des Bewußtseins der Rechtswidrigkeit (zum Dolus) trete zu der gemeinen Meinung aller Zeiten in den schärfsten Widerspruch. Daß nach römischem Recht der Dolus durch den Mangel dieses Bewußtseins ausgeschlossen wird, kommt immer mehr zur Anerkennung; vgl. Regelsberger, Pand. I, 647.

Digitized by Google

selben faßte, mußte sich bald herausstellen, daß die Eintheilung der schuldhaften Handlungen in dolose und kulpose, die für den Civilrechtsverkehr mit seiner gleichen Haftung für dolus und culpa lata vielleicht genügend war, für ein Strafrecht, welches für beide ein verschiedenes Strafmaß aufstellte, nicht mehr ausreichte, daß diese Eintheilung das Gebiet der Strafbarkeit nicht voll umfaßte, nicht erschöpfte. Es mußten sich Fälle ergeben, die hiernach weder zum Dolus noch zur Culpa gehörten, die aber zwischen beiden in der Mitte lagen und die daher, wenn schon die Culpa strafbar war, unmöglich straflos gelassen werden konnten: Fälle, in denen der Thäter den rechtswidrigen Erfolg seines Handelns zwar als möglich vorausgesehen, aber keineswegs gewollt, erstrebt hatte. Wie sollten diese behandelt werden? Bei der Verschiedenheit des Strafmaßes ging es keineswegs an, sie stillschweigend bald unter der einen, bald unter der anderen Kategorie schuldhafter Handlungen mit zu begreifen.

Da bei der Abhängigkeit der Doktrin vom römischen Recht das Aufstellen einer neuen Schuldart, einer Zwischenstufe zwischen dolus und culpa mit besonderem Strafmaß so gut wie ausgeschlossen war (über eine vereinzelte Ausnahme s. unten IV.), so blieben ihr für die strafrechtliche Behandlung solcher Fälle nur zwei Wege: dieselben entweder an den Dolus oder aber an die Culpa anzugliedern. Jeder dieser Wege mußte aber nothwendig zu einer Umgestaltung und Erweiterung dieser römischen Begriffe, sei es des Dolus oder der Culpa führen.

Die Doktrin schlug den ersteren Weg ein, indem sie sich einerseits wohl von dem Gefühle leiten ließ, daß die in Betracht kommenden Fälle in ihrer Strafwürdigkeit dem Dolus näher stehen als der Culpa, und indem sie andererseits der an möglichst umfassender Anwendung der ordentlichen statutarischen Strafen festhaltenden Praxis entgegenzukommen suchte. Ne delictum maneat impunitum, wird häufig als Grund hierher gehöriger Entschei-

Digitized by Google

dungen angegeben. Auch hier also eine Neuerung behufs Vermittlung zwischen römischem Recht und der Praxis! Die poena ordinaria wird zwar auf dolose Begehung beschränkt, der Dolus selbst aber über das Gebiet des rechtswidrigen Wollens hinaus auf dasjenige des bloßen Wissens von der Rechtswidrigkeit ausgedehnt. Damit aber war zugleich das erste Moment als wesentliches Begriffsmerkmal des Dolus beseitigt und durch letzteres ersetzt.

Die italienischen Juristen waren indeß weit davon entfernt, sich der damit unternommenen Loslösung vom römischen Dolusbegriff bewußt zu werden. Vielmehr hielten sie theoretisch an der bisherigen Bezeichnung und Begriffsbestimmung des Dolus durchaus fest. Thatsächlich aber änderten und erweiterten sie diesen Begriff, indem sie bei ihren Ausführungen und kasuistischen Entscheidungen, ohne zwischen Wollen und Wissen klar zu scheiden, auch bloße Wissensfälle darunter subsumirten, oder einen Thäter bei bloßem Wissen mit der Dolusstrafe belegten, ac si habuisset animum occidendi (so z. B. Baldus), oder aber indem sie durch künstliche Interpretationen und willkürliche Beugung der Thatsachen ein thatsächliches Nichtwollen kurzer Hand für ein Wollen ausgaben. Zu den letzteren Praktiken gehört aber noch nicht die Umdeutung bloßen Wissens in ein eventuelles Wollen, obgleich der Verfasser ihren Konstruktionen mehrfach die Annahme eines dolus eventualis unterzuschieben bestrebt ist (vgl. S. 39, 72, 160 f.). Ja selbst in denjenigen Stellen, in welchen der Verfasser den dolus eventualis klar ausgesprochen findet (S. 78 f., 96), ist von einem solchen, wenigstens in dem Sinn, in dem die neuere Doktrin diesen Ausdruck gebraucht, in Wahrheit nicht die Rede. Denn wenn einige Schriftsteller, wie Oldradus, Albericus de Rosate, Hippolytus de Marsiliis, bei Interpretation der Lex Quoniam (l. 6 C. ad leg. Jul. de vi 9, 12) dem auctor violentiae, bezw. seinen socii deshalb den Tödtungsdolus zuschreiben, weil sie für den Fall, daß sie bei der gewaltsamen Besitzinvasion

Digitized by Google

Widerstand fänden, auch Tödtungen beabsichtigten (licet ex principali proposito et intentione intenderet solam possessionem rei suae habere, incidenter tamen et homicidium cogitavit, si resistentiam inveniret; — unio est consecuta ad homicidium, si invenirent resistentiam), — so ist damit nur ein Tödtungswille bezeichnet, dessen Verwirklichung noch von einem anderen Ereigniß (von der Bedingung: si resistentiam invenirent) abhängig gemacht ist, der aber, wenn er dann verwirklicht, bethätigt wird, sich als ganz bestimmter und unbedingter animus occidendi darstellt. Es handelt sich also dabei um einen Entschluß, dessen Ausführung zunächst durch ein außerhalb dieser liegendes Moment bedingt ist und der erst in dieser Ausführung zum wirklichen, nun aber auch unbedingten Dolus wird, nicht dagegen um eine sog. Einwilligung in die mögliche Folge eines bereits stattfindenden Willensaktes für den Fall ihres Eintritts, nicht also um den modernen dolus eventualis. Deutlich zeigt sich das in den Worten des Hippolytus: Et sic videtur fuisse in dolo, postquam (videns violentiam sibi inferri) se non retraxit.

Aus den Unklarheiten und Widersprüchen, in welchen sich die italienische Doktrin bei dieser Erweiterung des Dolus bewegte, sind dann die zahlreichen Verwirrungen und Kontroversen hervorgegangen, welche die Doluslehre bis auf den heutigen Tag beherrschen. Noch heute hat man nicht überall klar erkannt, daß durch Einbeziehung von Fällen, in welchen beim Thäter zwar eine Vorstellung von dem rechtswidrigen Erfolg, nicht aber das wirkliche Wollen, d. h. Erstreben desselben vorliegt, der alte Begriff des Dolus als eines rechtswidrigen Wollens gesprengt ist und weder durch die Annahme einer vom eigentlichen Wollen denn doch sehr verschiedenen Einwilligung in den Erfolg, noch auch (wie Seitens unseres Verfassers mehrfach geschieht, vgl. S. 39, 72, 105, 159 f.) durch Umsetzung des Erfolgsbewußtseins in einen jeder Realität entbehrenden Gefährdungswillen aufrecht erhalten werden kann.

Digitized by Google

Bei dieser thatsächlichen Erweiterung des Dolusbegriffs sind übrigens die Italiener, wie nicht mit klarem Bewußtsein, so auch nicht mit Konsequenz vorgegangen (anders der Verf. S. 49). Nicht in allen Fällen, in welchen sich ein Thäter der Möglichkeit der rechtswidrigen Folgen seines Handelns bewußt war, ohne diese doch zu wollen, ist von ihnen Dolus angenommen worden, sondern nur da, wo sich dieses Bewußtsein an ein bereits für sich doloses Handeln (an ein operam dare rei illicitae, ein principium illicitum) anschloß, wo also der Thäter bei seinem Handeln zunächst ein anderweites Delikt beabsichtigt, außerdem aber auch die Möglichkeit des wirklich eingetretenen rechtswidrigen Erfolgs vorauserkannt hatte (plus delinquere quam cogitare, d. h. beabsichtigen); nicht dagegen im Falle eines principium licitum.

Die Beschränkung dieser erweiterten Dolushaftung auf die Fälle des versari in re illicita legt den Gedanken nahe, daß hier ein Zusammenhang mit der, soweit bekannt, zuerst von Bernardus Papiensis (1191) vertretenen kanonistischen Lehre bestehe, wonach bei unerlaubten Handlungen jeder (tödtliche) Erfolg dem Thäter zuzurechnen ist: Versanti in re illicita imputantur omnia, quae sequuntur ex delicto[1]). Einen unmittelbaren und grundlegenden Einfluß dieser Lehre will der Verfasser nicht annehmen (S. 73 ff.), während Löffler a. a. O. S. 147, 150 die Romanisten ihren Satz direkt aus der kanonistischen Doktrin herübernehmen läßt. Ich muß mir mein Urtheil über diese Frage zur Zeit vorbehalten. Dieselbe ist übrigens von keiner großen Bedeutung, da die beiden Lehren in der That ganz verschiedene Dinge betreffen. Es ist nämlich zu beachten, daß es sich bei jenem kanonischen Satze einerseits nicht, wie bei dem romanistischen, um strafrechtliche Zurechnung, sondern lediglich um die Voraussetzungen der Irregularität handelt (weshalb auch die vom Verf. S. 75, 210 f. versuchte Zurückführung desselben auf die angeblich besonderen Begriffe des

[1]) Vgl. hierüber Hinschius, Kirchenr. I S. 41 f., Löffler a. a. O. S. 139 ff.

Digitized by Google

kanonischen Rechts von Schuld und Sünde verfehlt ist; vgl. dagegen Löffler S. 138 f., 150 f.), und daß andererseits nach demselben nicht etwa vorausgesehene oder auch nur vorausehbare Folgen zum Dolus zugerechnet, sondern alle, auch die rein zufälligen Folgen des versari in re illicita berücksichtigt werden sollen, daß also ein dolofes Delikt dabei gar nicht in Frage steht. Die Berührungspunkte zwischen beiden Lehren sind sonach rein äußerliche, und daß die Romanisten die ihrige durch kanonistische Belege zu stützen suchen, will natürlich nicht viel besagen.

Die Ausdehnung des Dolusbegriffs auf die genannten Fälle des versari in re illicita seitens der weltlichen Doktrin erlitt nun aber dadurch noch eine wichtige Modifikation, daß viele Autoren für die Vorauserkenntniß des rechtswidrigen Erfolgs keinen besonderen Beweis forderten, das Bewußtsein hiervon und damit den Dolus vielmehr ohne Weiteres annahmen, wo die an sich dolose Handlung ihrer Beschaffenheit nach augenscheinlich geeignet ist, den betreffenden Erfolg herbeizuführen, wo sie auf seinen Eintritt mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit hinwirkt, so daß die Erkenntniß der Gefahr für den Thäter sehr nahe liegt: Si delictum, quod principaliter facere proposuerat, verisimiliter tendit (oder ordinatum est) ad finem secutum, tunc inspicimus eventum (d. h. dann ist der eventus zum Dolus zuzurechnen und es tritt die hierfür bestimmte poena ordinaria ein); si vero ad hoc non tendebat delictum, quod principaliter facere proposuerat, tunc non tenetur, oder höchstens für culpa.

Praktisch wird also für die Annahme des Dolus und die Anwendung der Dolusstrafe nur auf die objektive Gefahr sowie darauf gesehen, daß der Thäter den rechtswidrigen Erfolg leicht voraussehen konnte, auf das scire potuisse et debuisse, welches dem thatsächlichen scivisse stillschweigend gleichgestellt wird. In Wahrheit liegt hierin eine Präsumtion des Wissens des Thäters, und thatsächlich wurden damit viele Fälle bloser culpa in das Gebiet des erweiterten Dolus hineingezogen; vielleicht ist

Digitized by Google

auch hierin eine Concession an die Praxis zu sehen. Indeß ist diese Präsumtion den italienischen Juristen nicht deutlich zum Bewußtsein gekommen; vielmehr scheint mir hierbei eine Unklarheit des Denkens, veranlaßt durch die Doppelbedeutung des Wortes debere, mit untergelaufen zu sein. Das mittelalterliche debere entspricht dem deutschen „müssen" und bezeichnet wie dieses sowohl die ethische wie die physische, thatsächliche Nothwendigkeit und daher bei letzterer, wenn sie der Vergangenheit angehört, zugleich die reale Wirklichkeit. Wenn daher der mittelalterliche Jurist von Jemand sagte oder dachte: scire debuit, zunächst im Sinne von „er sollte es wissen", so schob sich dem leicht die Bedeutung unter „er mußte es wissen", d. h. „es ist nicht anders möglich, als daß er es gewußt hat"; damit aber stand unwiderleglich fest: „er hat es thatsächlich gewußt", das scire debuisse und das scivisse war gleichbedeutend. So, glaube ich, ist es zu erklären, wenn die Dolushaftung des Thäters in unseren Fällen mit den Worten begründet wird: nam evenire posse prospicere debuit, oder wenn Baldus sagt: non sufficit igitur delinquenti dicere: non putavi, quia putare debuit; das „non putavi" ist nicht an sich irrelevant, sondern der Beklagte wird nur deshalb damit nicht gehört, weil in dem Kopf des Juristen das „er mußte es wissen" sich in ein „er muß es nothwendig gewußt haben" verwandelt. Recht deutlich tritt diese Vermengung bei Salicet hervor, der die Dolushaftung des auctor violentiae für dabei vorgekommene Tödtungen nach der sog. Lex Quoniam damit begründet: quod ipse scivit et scire debuit, und dann fortfährt: et sic fuit in lata culpa, si non praecogitavit. Umgekehrt haftet nach Raphael Cumanus ein Vatermörder, der einen Fremden zu tödten meint, nur secundum opinionem, quia non debuit verisimiliter hoc cogitare[1]).

[1]) Auf der gleichen unklaren Vermengung der beiden Bedeutungen von „müssen" beruhen noch heute die Worte „oder den Umständen nach an-

Digitized by Google

Als quellenmäßigen Anhalt für diese, besonders von Bartolus begründete und von Baldus weiter ausgebildete Lehre benutzte man hauptsächlich die eben erwähnte Lex quoniam (l. 6. C. ad leg. Jul. de vi 9,12), welche auf gewaltsame Besitzstörung, falls dabei ein Mensch getödtet wird, singulärer Weise die Todesstrafe setzt; im Gegensatz zur Glosse suchten die Späteren aus ihr mit allen Künsten der Interpretation einen dolus homicidii herauszupressen. Auch kanonische Stellen über die Irregularität, besonders c. 3 in VI° de homic. 5,4, wurden herangezogen und in Anknüpfung hieran die Dolushaftung des mandans vulnerari oder verberari für weitergehende Verletzungen des Mandatars erörtert.

Bis zur Mitte des 15. Jahrhunderts war diese doctrina Bartoli die allein herrschende. Seitdem aber und insbesondere seit dem berühmten und viel erörterten Prozesse gegen Johannes ab Aggere (der seinem Diener befohlen hatte, den Bartholomäus zu verwunden, ihn aber nicht zu tödten, worauf dieser den B. so schwer mit dem Schwerte verwundete, daß er starb) erstanden derselben eine Reihe von Gegnern, welche die Zulässigkeit des Schlusses von der Gefährlichkeit der Handlung und dem scire debuisse auf den Dolus bestritten und in derartigen Fällen vielmehr nur eine kulpose Verletzung, bezw. Konkurrenz von Dolus und Culpa sehen wollten. Eine solche Auffassung lag für die Italiener eigentlich um so näher, als sie, sofern ein versari in re illicita nicht gegeben war, in der Richtung, der Tendenz der Handlung auf den eingetretenen Erfolg ja gerade das Merkmal der culpa gegenüber dem casus erblickten (s. oben S. 234). Trotz dieser Oppositon war jedoch die doctrina Bartoli im 16. Jahrhundert wieder von allen bedeutenderen Juristen mit einziger Ausnahme des Julius Clarus anerkannt. Nur bezüglich der Aberrationsfälle verhielt es sich gerade umgekehrt, indem hier Clarus

nehmen muß" in § 259 des RStGB.s. Das ist bei der Interpretation dieser Bestimmung wohl im Auge zu behalten.

Digitized by Google

die Dolusauffassung vertrat, während die herrschende Meinung den eingetretenen Erfolg hier nur zur Culpa zurechnete.

Wie nun diese Sätze des Weiteren bei den verschiedenen Schriftstellern begründet und ausgeführt wurden, wie hierbei noch wieder unterschieden wurde, je nachdem der Thäter bezüglich des nicht beabsichtigten Erfolges incidit in eandem speciem delicti et plus delinquit respectu ejusdem rei (wozu die Fälle des Irrthums über Qualität und Identität des verletzten Objekts gehören), oder je nachdem er delinquit in plus circa diversas res vel alias personas (Aberrationsfälle und Verletzung anderer per consequentiam), oder aber je nachdem er plus delinquit incidendo in aliam speciem delicti; wie sich hieran bei Manchen die Annahme eines dolus in genere in verschiedenem Sinne knüpfte (bald als dolus überhaupt, bald als dolus, der auf ein verallgemeinertes Objekt oder auf eine allgemeinere Deliktskategorie bezogen ist), und wie schließlich der Spanier Covarruvias auf Grund der Sünden- und Willenslehre des Thomas von Aquino für die in Rede stehenden Fälle die Theorie eines Willens aufstellte, der zwar direkt auf die verursachende Handlung, damit aber zugleich indirekt auf den unmittelbar und regelmäßig daraus entspringenden Erfolg gerichtet ist[1]), eine Theorie, welche dann die Grundlage für den animus oder dolus indirectus Carpzovs und der deutschen Doktrin geworden ist und deren Nachwirkung wir noch heute in den durch objektiven Erfolg qualifizierten Delikten zu verspüren haben, — dies alles möge man in der sorgfältigen Darstellung des Verfassers (S. 52—111) genauer nachlesen, da ein näheres Eingehen darauf an dieser Stelle zu weit führen würde.

Einer speziellen Ausdehnung des Dolus vom Wollen zum Wissen soll aber hier noch Erwähnung geschehen, die sich auf die sog. actiones liberae in causa bezieht und von Farinacius auf-

[1]) Vgl. hierüber jetzt besonders Löffler a. a. O. S. 158ff.

Digitized by Google

gestellt wurde. Nach diesem soll nämlich ein Thäter, der sich im Bewußtsein, daß er delinquiren werde, betrunken hat, ganz ebenso mit der Dolusstrafe belegt werden, wie derjenige, der dies in der Absicht zu delinquiren gethan hat (S. 32, 103).

IV.

Die von der italienischen Doktrin allgemein anerkannte praesumtio doli (d. h. der Satz, daß der Dolus auch ohne strikten Beweis auf Grund der ihn indizirenden Beschaffenheit der That selbst und der diese begleitenden Umstände angenommen werden könne, in welchem Falle aber eine mildere Strafe eintreten sollte als beim sog. dolus verus) hat zu einer Umbildung und Erweiterung des Dolusbegriffs nicht geführt. Denn wenn hiernach auch gar manche Fälle als dolos behandelt wurden, die es thatsächlich nicht waren, so ging doch einerseits die Präsumtion stets auf das Vorhandensein des Dolus im alten Sinne, und andererseits konnte sie stets durch den Gegenbeweis, daß in Wahrheit dieser Dolus fehle, ausgeschlossen werden. Wohl aber hat eine Pandektenstelle, nämlich die unklar gefaßte und unklar gedachte l. 32 D. depos. 16, 3 (lex quod Nerva) den Anlaß gegeben, daß die postglossatorische Doktrin eine Reihe schwerer kulposer Fälle, deren culpa in den Quellen als prope dolum oder dolo proxima bezeichnet oder dem dolus gleichgestellt ist (insbesondere die in l. 32 cit. erwähnte Verletzung der diligentia quam suis seitens des Depositars), als präsumtiven Dolus auffaßte, indem sie die dort ausgesprochene Annäherung an den Dolus oder die Gleichstellung mit diesem als gesetzlich vorgeschriebene praesumtio doli interpretirte. Bartolus, welcher diese Lehre nach Vorgang des Cinus und mancher Franzosen hauptsächlich begründete, — während noch die Glosse in jenen Stellen lediglich culpa gesehen hatte, die nur hinsichtlich der Haftung dem dolus gleichstehen sollte, — bezeichnete den so präsumirten Dolus (und dann den dolus praes. überhaupt) mit einem in der lex quod Nerva vorkommenden

Digitized by Google

Ausdruck technisch als culpa latior, im Gegensatz zur culpa lata, dem höchsten Grade der Fahrlässigkeit.

An dieser Lehre des Bartolus hat die Doktrin bis in's 17. Jahrhundert festgehalten, und auch diejenigen Juristen, welche jene Lehre bekämpften, wie Ulrich Zasius und seine italienischen Anhänger Cagnolus und Bargalius (die zwei Arten von culpa lata unterschieden: c. l. ignaviae d. h. eigentliche Fahrlässigkeit, und c. l. versutiae d. h. durch den Schein der Fahrlässigkeit listig verdeckten Dolus, der aber eben deshalb doch nur präsumirt werden kann), sowie Decian (der unter culpa dolo proxima eine so außerordentliche Fahrlässigkeit verstand, daß sie quaesita et affectata erscheint, den Verdacht des Dolus erweckt und deßhalb diesem gesetzlich gleichgeachtet wird), sind in Wahrheit über eine praesumtio doli nicht hinausgekommen.

Eine Ausnahme hiervon macht allein Baldus, der ursprünglich der Glosse, dann der Lehre des Bartolus gefolgt war, später aber eine sehr interessante eigene Ansicht über das Wesen der culpa dolo proxima, insbesondere der culpa latior der lex quod Nerva aufstellte. Zwar bezeichnet auch er dieselbe als dolus praesumtus, aber nicht blos respectu probationis, sondern respectu propriae essentiae sive qualitatis, d. h. im Gegensatz zum dolus praesumtive probatus als eine besondere Art des Dolus species doli), die sich vom eigentlichen Dolus zwar noch unterscheide, diesem aber wegen ihrer Aehnlichkeit gleichgestellt werde (insofern dolus praesumtus). Genauer genommen ist daher diese culpa latior ein Mittelding zwischen dolus und culpa lata, das Elemente beider in sich schließt, de utroque participat; und zwar liegt das dolose Element im Bewußtsein von der drohenden Gefahr der Verletzung (quantum ad noticiam futuri periculi), das kulpose dagegen im Mangel des Verletzungswillens (quia non ex animo nec ex voluntate laesio contingit, sed per ignavam pigritiam).

Man sieht also, daß Baldus hier mit großer Klarheit die

Digitized by Google

bloſe Wiſſentlichkeit ohne rechtswidrigen Willen zu einer eigenen, mittleren Schuldſtufe erhebt, die durch ihre Gleichſtellung mit dem eigentlichen Dolus zu einer Erweiterung des Dolusbegriffs hätte führen können, wenn er dieſe ſeine Anſicht prinzipieller ausgeführt hätte und nicht an einigen wenigen Quellenſtellen haften geblieben wäre.

Abgeſehen von dieſen Fällen ſpricht Baldus von dolus praesumtus auch gelegentlich des in l. 7 pr. D. depositi erwähnten Falles (si hominem apud se depositum — sequester solverit misericordia ductus), in welchem zwar rechtswidriger Wille vorliegt, aber des ehrenwerthen Motivs des Handelnden wegen die Bezeichnung „dolus“ vermieden und nur geſagt wird: dolo proximum esse. Es iſt ſehr fraglich, ob der von Baldus hier angenommene dolus praesumtus nicht im Sinne der früher von ihm vertretenen Lehre des Bartolus zu verſtehen iſt. Jedenfalls aber hat dieſer dolus praesumtus mit ſeiner ſpäteren Theorie vom dolus praes. respectu propriae essentiae nichts zu thun, da das zu letzterem gehörige kulpoſe Element (non ex voluntate, ſ. oben) hier völlig fehlt, und es könnte ſich ſomit höchſtens um eine durch das „dolo proximum“ der Quelle veranlaßte, gleiche Benennung innerlich ganz verſchiedener Dinge handeln. Ganz entſchieden muß ich daher dem Verfaſſer entgegen treten, wenn er (S. 159 ff.) die culpa latior des Baldus im Sinne ſeiner ſpäteren Lehre auf beide Kategorieen von Fällen ausdehnen will; noch entſchiedener aber, wenn er weiter dieſe culpa latior nun allgemein, alſo auch für die Fälle der erſten Kategorie, wo doch nur noticia futuri periculi vorliegt, als bewußt rechtswidrigen Willen charakteriſirt, der ſich in den letztgenannten Fällen als Gefährdungsvorſatz oder als eventueller Verletzungsvorſatz (dolus eventualis) geltend mache. Damit wird nicht nur die ganze Eigenart der Auffaſſung des Baldus verwiſcht, ſondern es werden dem mittelalterlichen Juriſten auch Begriffe untergeſchoben, deren Erfindung erſt einer viel ſpäteren Scholaſtik

Digitized by Google

vorbehalten war (vgl. oben S. 244, 245). In dem dolus praesumtus essentialis des Baldus ist kein Moment rechtswidrigen Wollens enthalten.

Diese Lehre des Baldus hat indeß, abgesehen von seinem Schüler Paulus Castrensis, in der italienischen Doktrin keine Anhänger gefunden; von den Späteren wurde sie entweder gar nicht beachtet oder nicht verstanden, was bei ihrer Verquickung mit der praesumtio doli nicht Wunder nehmen kann.

Alle diese Erörterungen der Doktrin über die culpa latior und culpa dolo proxima bieten, da sie sich auf die in den Quellen erwähnten Fälle beschränken, für welche die gleiche Behandlung von dolus und culpa lata ohnehin und ganz unabhängig von der Art der Konstruktion gesetzlich feststand, ein lediglich theoretisches Interesse. Für die Fortbildung der strafrechtlichen Schuldlehre sind sie um so weniger von Bedeutung, als es sich dabei lediglich um Fälle zivilrechtlicher Haftung handelte. Der Verfasser hat dieselben indeß mit großer Ausführlichkeit dargestellt (S. 127—184), da es ihm auch hierbei nicht so sehr darauf ankam, die in der italienischen Doktrin enthaltenen Fortbildungselemente herauszustellen, als vielmehr zu prüfen, wieweit die Italiener die römischen Quellen richtig verstanden haben. In dieser Hinsicht sagt er, daß es vom Standpunkt der Römer (und der Postglossatoren) keine richtigere Auffassung gebe, als die des Baldus.

Der Verfasser ist nämlich der Ansicht, daß die Römer mit culpa lata überhaupt keinen bestimmten Schuldbegriff verbinden, sondern damit diejenigen Fälle bezeichnen, in welchen, ohne daß dolus malus im römischen Sinn (für welchen der Verf., ähnlich wie Binding, ein verwerfliches Motiv erfordert) vorliegt oder bewiesen werden kann, doch bloße Fahrlässigkeit nicht glaublich erscheint; die nimia negligentia sei unglaubwürdige negligentia. Culpa lata sei also weder culpa, noch dolus, sondern begreife unter sich einmal die beweisschwierigen Fälle, dann aber auch die für die Römer begriffsschwierigen Fälle, nämlich: die sog. be-

Digitized by Google

wußte culpa, den eventuellen rechtswidrigen Vorsatz, sowie den absoluten rechtswidrigen Vorsatz, sofern er nicht dolus malus ist. Diese Fälle hätten die Römer in ihrer Eigenart nicht zu erkennen und zu konstruiren gewußt; sie hätten daher, wie so oft in schwierigen Fragen, auf theoretische Erkenntniß verzichtet und ohne Begriffsbestimmung und Begriffsunterscheidung zur Beweisvorschrift, zur Präsumtion gegriffen. Eine solche bedeute die Gleichstellung von dolus und culpa lata, d. h. es liege darin die Anweisung an den Richter, in Fällen, wo ihm die Nachlässigkeit allzu groß erscheine, so daß die That den Anschein dolosen Handelns habe (culpa dolo proxima), den Dolus zu präsumiren bis zum Beweise des Gegentheils. „Der Ausdruck culpa dolo proxima enthält stets nur das bescheidene Urtheil, daß die culpa im betr. Falle dem Dolus sehr ähnlich sehe, ein Zugeständniß der römischen Juristen, daß ihre theoretische Erkenntnißfähigkeit eine Grenze gefunden." (Vgl. S. 139 ff., 184, 198 f.)

Ich kann diese Ansicht nicht für richtig und mit den Aussprüchen der Quellen nicht für vereinbar halten, wenn auch soviel zuzugeben ist, daß, wo nach römischem Recht die Haftung für dolus und culpa lata die gleiche war, der Ausdruck „culpa dolo proxima" auch die zwischen dolus und culpa liegenden Schuldfälle mit unter sich begriff. Allein diese stillschweigende Zusammenfassung verschiedener Schuldgestaltungen in einer Bezeichnung beruht nicht darauf, daß die römischen Juristen deren Wesen nicht zu erkennen und zu unterscheiden vermocht hätten, sondern einfach darauf, daß eine genauere Scheidung eben wegen der Gleichheit der Haftung kein Interesse für sie hatte; ebenso wie sie im Kriminalrechte alles nicht dolose Unrecht, ohne weiter zu unterscheiden, als casus bezeichneten, weil es gleichmäßig straflos blieb. Von einer Dolus präsumtion bei culpa lata oder gar einem Gegenbeweis gegen eine solche finde ich in den Quellen auch nicht eine Spur. Da indessen der Verfasser davon abgesehen hat, seine Meinung aus den Quellen selbst zu begründen, so kann auch hier

Digitized by Google

von einer eingehenden Widerlegung, welche eine genauere Betrachtung der verschiedenen Quellenstellen erfordern würde, abgesehen werden; insbesondere bedarf es hierzu einer eingehenden, die historischen Verhältnisse berücksichtigenden Interpretation der mehr erwähnten L. quod Nerva (l. 32 D. depos.), in welcher mit den Ausdrücken fraus und fides doch anscheinend nur eine Art Taschenspielerei getrieben wird [1]).

[1]) Die genannte, von Celsus herrührende Stelle lautet: Quod Nerva diceret, latiorem culpam dolum esse, Proculo displicebat, mihi verissimum videtur. Nam et si quis non ad eum modum, quem hominum natura desiderat, diligens est, nisi tamen ad suum modum curam in deposito praestat, fraude non caret; nec enim salva fide minorem iis, quam suis rebus, diligentiam praestabit. Ich will zum Verständniß der viel erörterten und viel bestrittenen Stelle hier kurz nur Folgendes bemerken. Der Schwerpunkt liegt m. E. in der am Schlusse gegebenen Begründung: nec enim salva fide etc. Dabei ist zu beachten, daß fides oder bona fides bei den Römern zwei Bedeutungen hat, die von Karlowa, Röm. Rechtsgesch. II, 681 ff. als objektive und subjektive b. f. von einander geschieden werden. Objektive b. f. bezeichnet dasjenige, was nach Treu und Glauben im Verkehr von Jemanden erwartet oder gefordert werden kann (das dare facere oportere ex fide bona der Klagformeln); subjektive b. f. ist die redliche Gesinnung eines Menschen, sie allein hat zum Gegensatz dolus und fraus. Nach der objektiven b. f. hat der Schuldner in gewissen Rechtsverhältnissen diligentiam zu prästiren, und diese objektive b. f. hat Celsus nun zunächst im Auge, wenn er sagt: nec enim salva fide minorem iis quam suis rebus, diligentiam praestabit. Er meint damit, das Depositum als obligatio ex bona fide (vgl. die formula in ius concepta bei Gaius IV, 47) verlange, daß der Depositar den anvertrauten Sachen mindestens die gleiche Sorgfalt zuwende wie seinen eigenen, sonst verletze er die Verkehrsbona fides. Damit geht er aber über das zu seiner Zeit noch bestehende alte Recht hinaus, welches beim Depositum im Anschluß an die ursprüngliche Deliktsklage (form. in factum concepta bei Gai. IV, 47) nur eine Haftung für Dolus anerkannte. Es kam daher für Celsus darauf an, seine Ansicht, daß der Depositar für dilig. quam suis einzustehen habe, mit jenem bestehenden Rechte in Einklang zu setzen, und da schiebt sich ihm nun halb oder ganz unbewußt die andere subjektive Bedeutung von fides unter. Er argumentirt daher weiter: verletzt der Depositar, qui non ad suum modum curam in deposito praestat, die fides, so trifft für ihn eben das Gegentheil der bona fides zu, er ist in mala fide, i. e. in dolo. Durch diesen Fehlschluß kommt er sonach zu dem gewünschten Resultat: der die diligentia

Digitized by Google

V.

Aus dem Abschnitt über den Einfluß von Ueberlegung und impetus auf den Dolus (S. 112—126) will ich nur hervorheben, daß hier die Lehre des Baldus in der Doktrin herrschend wurde, welche im impetus den im Affekt und daher ohne Ueberlegung gefaßten Willen (dolus non praemeditatus) sah und ihn eben deßhalb als Strafmilderungsgrund („minor dolus") behandelte; daß daneben aber diese Strafmilderung, sofern ein gerechter Anlaß zum Affect vorlag (wie bei Provokation, Nothwehrexceß), auch häufig in Vermengung mit jenem Gesichtspunkt auf die justa causa delinquendi (den justus dolor) zurückgeführt, ja von Manchen hierauf beschränkt wurde. Zu dem den Gegensatz hierzu bildenden dolus deliberatus forderten einige Statuten Ueberlegung bei Ausführung der That selbst, so daß also hiernach bloße praemeditatio bei impetuoser Ausführung zur Anwendung der vollen Strafe nicht genügte. Noch weiter gehend wollte Menochius den animus deliberatus auch dann ausschließen, wenn der Affect der Ausführung paulo ante praecessit, sofern nur die causa im-

quam suis verletzende Depositar hat dafür zu haften, denn er handelt damit ja dolos und der Satz des Nerva: latiorem culpam dolum esse, erweist sich als richtig. Ganz sicher scheint sich freilich Celsus bei dieser Argumentation doch nicht gefühlt zu haben; wenigstens weist darauf hin der negative Ausdruck „fraude non caret", der die Sache immerhin etwas weniger bestimmt erscheinen läßt als ein direktes: in fraude est. — Solange man diesen Trugschluß des Celsus nicht erkannte, mußte aus dieser Stelle natürlich eitel Verwirrung entstehen. Daß die Nichtanwendung der diligentia quam suis in fremden Angelegenheiten nothwendig mit dem Bewußtsein der Schadensgefahr verbunden sei, wie Baldus und manche Neueren (anscheinend auch unser Verfasser) meinen, ist eine ganz willkürliche Annahme. Die Bedeutung der l. 32 cit. liegt auf historischem Gebiet; ganz richtig sagt Burckhardt (Sinn und Umfang der Gleichstellung von dolus und c. lata im röm. R., Göttingen 1885, S. 25, wo die Stelle selbst übrigens anders ausgelegt wird): „Es ist eine historische Notiz, die Justinian aufgenommen hat, von großem Interesse, weil sie zeigt, wie die Schuldlehre in der Doktrin sich entwickelte." (Dem Verf. scheint diese tüchtige Arbeit unbekannt geblieben zu sein, da er sie bei der Literaturangabe auf S. 184 nicht erwähnt.)

Digitized by Google

petus noch andauere, wogegen sich dann aber eine scharfe, besonders von Farinacius vertretene Opposition erhob.

VI.

Hatten die Postglossatoren die Strafbarkeit sowohl bei Dolus als bei Culpa anerkannt, so lag es für sie nahe, den Versuch zu machen, beide im Gegensatz zu dem strafloſen casus fortuitus zu einem gemeinsamen Oberbegriff zusammenzufassen und damit einen allgemeinen Begriff der Schuld, als der subjectiven Voraussetzung jeder Strafbarkeit, aufzustellen. In der That haben einige von ihnen einen derartigen Versuch unternommen, sind aber damit nicht weit gelangt. Denn einerseits sind sie bei der Definition der „culpa in genere“ nicht über eine rein äußere Nebeneinanderstellung der beiden species Dolus und Culpa hinausgekommen (so Baldus: voluntas interdum prava, interdum imprudens; — Salicet: imprudenter omittere vel facere ex proposito vel sine etc.; — Decian: voluntaria declinatio a bono vel ex malicia, vel ex negligentia); andererseits haben sie nicht vermocht, den reinen Begriff der Schuld als des psychischen Moments im Delikt von dem der Rechtswidrigkeit getrennt zu halten, derart, daß ihre Schuldefinition meist zu einer Deliktsdefinition wird. So in dem von Bartolus aufgestellten, mit manchen Variationen oft wiederkehrenden Satze: culpa est deviatio ab eo, quod bonum est, oder in dem Ausspruche des Baldus: Schuld sei omne, quod est reprehensibile. Die Unterscheidung dieser Schuld im Allgemeinen von der Nichtschuld, dem casus, erfolgt dann lediglich durch Bezugnahme auf die Fahrlässigkeitsmerkmale: culpa est deviatio ab eo, quod bonum est, quod per diligentiam hominis potuit praevideri.

Ganz anders freilich beurtheilt unser Verfasser (S. 17—23) diese Definitionsversuche der Italiener und er will einen ganz anderen Begriff der culpa in genere aus ihnen herauslesen. Zwei Grundgedanken sollen nach ihm hierdurch allmählich festgestellt

Digitized by Google

worden sein: 1. jede Schuld ist Willensschuld, 2. Schuld ist bewußt oder unbewußt pflichtwidriges, resp. rechtswidriges Verhalten. Demnach sei Schuld: der auf eine Pflicht-, resp. Rechtswidrigkeit gerichtete Wille (S. 17).

Ich kann auch hier nur wieder sagen: der Verfasser hat seine eigenen Schulanschauungen in die Sätze der alten Italiener hineingelesen. Was den ersten Satz betrifft, alle Schuld sei bei ihnen Willensschuld, so ist auf das bereits oben S. 236 f. bezüglich der Culpa Gesagte zu verweisen. Selbstverständlich erfordert jedes Delikt, wie überhaupt jede Handlung, einen Willensakt, durch den sie erzeugt wird, und nur dies wollen Baldus und Decianus sagen, wenn sie bei der Schuld allgemein von voluntas und voluntaria declinatio reden. Darin allein besteht aber nicht das Wesen der strafrechtlichen Schuld, da durch Willensakte auch schuldlose Verletzungen hervorgerufen werden können[1]).

Bezüglich des zweiten Punktes aber — Schuld sei pflicht- und rechtswidriges Verhalten — hat der Verfasser die bei den Italienern unterlaufende Vermengung der Begriffe Schuld und Rechtsverletzung nicht zu erkennen und nicht aufzudecken vermocht, weil er selbst in der gleichen Unklarheit wie jene befangen ist. Diese Unklarheit, die er übrigens mit vielen heutigen Juristen theilt, ist dadurch veranlaßt, daß wir mit dem Worte „Schuld",

---

[1]) Es ist übrigens wohl zu beachten, daß nicht überall, wo bei diesen Schriftstellern von voluntas die Rede ist, dies auf den Gattungsbegriff Schuld bezogen werden darf, sondern nur da, wo ausdrücklich dolus und culpa zusammengefaßt werden sollen. Denn gar häufig schwebt alten wie neuen Juristen, wenn sie von Delikt und Willen schlechthin reden, nur das dolose Delikt vor, für welches der Wille natürlich seine besondere Bedeutung hat. Das gilt besonders von den Erörterungen Decians im 2. Buche seines Tractatus crim.; denn wenn er hier cap. 2 n. 5 sagt: voluntas est qua peccatur et recte vivitur, non nisi voluntate peccatur, so steht daneben in cap. 35 n. 48: ignorans non dicitur delinquere. Ebenso, wenn Covarruvias sagt: voluntas distinguit delictum a non delicto. Diese beiden sind zudem von Thomas von Aquino beeinflußt, der von einer culpa überhaupt nichts weiß.

Digitized by Google

ebenso wie die mittelalterlichen Italiener mit dem genau entsprechenden Worte „culpa", verschiedene Bedeutungen verbinden.

Im ursprünglichen Sinne bezeichnet Schuld (von „sollen") eine Verbindlichkeit, auch eine strafrechtliche (z. B. des Todes schuldig sein; in den alten Volksrechten steht so: tot solidos culpabilis judicetur). Davon abgeleitet bedeutet dann Schuld die Handlung, durch welche jene Verbindlichkeit erzeugt wird, im Strafrecht also: die strafbare Handlung, das Delikt (so: eine Schuld begehen, sich einer That schuldig machen; im Strafprozeß gehört hierher der Ausdruck: Schuldfrage). Dieser Begriff hat dann weitere Beschränkungen erlitten dadurch, daß man das Wort Schuld lediglich auf einzelne Momente des strafbaren rechtswidrigen Thatbestands bezog, und so insbesondere technisch auf die psychische Seite des Delikts, auf die Beziehung der äußeren rechtswidrigen That zur seelischen Innerlichkeit des Thäters. Dieser letztere Begriff allein steht in Frage, wenn von dolus und culpa die Rede ist und wenn diese beiden Erscheinungen als Arten unter einen gemeinsamen Gattungsbegriff „Schuld" gebracht werden sollen[1]).

Indem man sich nun aber über diese mehrfache Bedeutung des Wortes Schuld keine Rechenschaft gab, kam man in älterer wie in neuerer Zeit dazu, die verschiedenen damit verbundenen Begriffe durch einander zu werfen. Immer schob sich, wenn man die Schuld im letztgenannten Sinne definiren wollte, wieder der zweite Begriff unter, die Reminiscenz, daß Schuld auch ein rechtswidriges Handeln bedeutet. So entstand die Definition der Italiener, die Schuld (als Inbegriff von Dolus und Culpa) sei eine deviatio a bono oder ab eo quod rectum est. Während aber bei diesen eine einfache Verwechselung von Schuld und rechtswidriger Handlung vorliegt, hat sich eine neuere, auch von unserem Verfasser adoptirte Auffassung durch jene Begriffsunklarheit dazu ver-

[1]) Vgl. hierzu meinen Grundriß zu Vorlesungen über deutsches Strafrecht § 27.

Digitized by Google

leiten lassen, die Rechtswidrigkeit von der Handlung auf die zur Schuld gehörigen psychischen Funktionen selbst zu übertragen und so die Schuld als ein fehlerhaftes, rechts- oder pflichtwidriges Verhalten des Willens, den Willen selbst als schuldhaft, d. h. als rechtswidrig zu bezeichnen (daher „Willensschuld" = Willensfehler). M. a. W.: die Schuld, welche eine psychische Beziehung der rechtswidrigen Handlung darstellt, wird zur rechtswidrigen Eigenschaft derjenigen psychischen Funktion gemacht, mit der die Handlung in Verbindung steht, und diese psychische Funktion damit selbst zu einem zweiten Delikt neben dem der Handlung oder innerhalb desselben. Um die Konfusion voll zu machen, vermengt man dann diese rechtswidrige Eigenschaft des Willens wieder mit der Beziehung desselben auf die äußere rechtswidrige Handlung (so auch der Verfasser S. 17).

Versteht man unter Schuld die psychische Seite des Delikts (Dolus und Culpa), so hat sie offenbar mit Rechts- oder Pflichtwidrigkeit nichts zu thun. Denn letztere ist eine Qualität der äußeren Handlung; die psychischen Funktionen aber, welche auf diese äußere rechtswidrige Handlung influiren und diese eben dadurch zur strafbaren, zum Delikt machen, unterliegen für sich keinen rechtlichen Normen und können daher selbst nicht ebenfalls rechtswidrig sein. Die Rechts- oder Pflichtwidrigkeit des Delikts muß daher von der Schuld in diesem Sinne völlig geschieden werden, in gleicher Weise wie die früher auch so oft damit zusammengeworfene Kausalität der Handlung.

Wie sehr der Verfasser in diesen unklaren Vorstellungen verstrickt ist, zeigt sich auch darin, daß er die Fälle, in welchen die italienische Doktrin im Anschluß an römisches und kanonisches Recht oder aus politischen Gründen Strafen gegen Personen zuläßt, die gar kein Delikt verübt haben (wie gegen Söhne von Hochverräthern und Ketzern oder „sedandi tumultus causa"), als Abweichungen von dem Grundsatz „ohne Schuld keine Strafe"

Digitized by Google

anführt (S. 34 f.). Gewiß werden hiernach Unschuldige bestraft; aber ihre Unschuld bedeutet hier nicht Mangel der psychischen Verschuldung, sondern Mangel einer strafbaren Handlung. Freilich hatte der Verfasser auch in dieser Beziehung Vorgänger unter den Italienern selbst. Denn wenn Dinus die Regel aufstellt: sine culpa, nisi subsit causa, non est aliquis puniendus, so versteht auch er dabei unter culpa nichts anderes als delictum; nur bringt er es nicht mit dolus und culpa zusammen. Der Satz, daß psychische Schuld die Voraussetzung jeder Strafe sei, kommt bei den Italienern nicht hier, sondern darin zum Ausdruck, daß der casus fortuitus straflos ist, und dieser Satz hat keine Ausnahmen.

Hiernach ist es auch nicht zu rechtfertigen, wenn der Verfasser unter den Gründen, welche die Schuld in dem hier allein in Rede stehenden Sinn ausschließen, die nuda cogitatio aufführt (S. 23 ff.). Auch dies beruht auf Verwechselung der psychischen Schuld mit dem Delikt.

Ueber die Umstände, welche hier wirklich als Schuldausschließungsgründe[1]) in Betracht kommen (Zwang, Irrthum, Zustände aufgehobener oder geminderter Zurechnungsfähigkeit, wobei auch über die sog. actiones liberae in causa gehandelt wird) vergleiche man die Darstellung auf S. 25—33. —

Ich nehme hiermit Abschied von dem interessanten Buche des Verfassers, indem ich der Hoffnung Ausdruck gebe, daß wir auch fernerhin von ihm, nach weiterer Abklärung seiner Gedanken, gediegene und unserer Wissenschaft ersprießliche Arbeiten erwarten dürfen.

Richard Loening.

---

[1]) Wenn man heutzutage alle Umstände, welche die Strafbarkeit ausschließen, als Schuldausschließungsgründe bezeichnet, so wird auch hier „Schuld“ in der zweiten der oben dargelegten Bedeutungen, im Sinne von Delikt genommen.

Digitized by Google

III.

Staatsrecht.

1. Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht. 1. Bd. Leipzig, Duncker und Humblot, 1895. XIV u. 482 S. (Binding, Handbuch der deutschen Rechtswissenschaft. VI, 1.)

Wer Otto Mayer's Theorie des französischen Verwaltungsrechts kennt, wird dessen neues Werk über das deutsche Verwaltungsrecht mit nicht geringen Erwartungen und zugleich mit der Voraussetzung in die Hand nehmen, eine ganz bestimmte, eigenartige Verarbeitung des Stoffes vorzufinden. Nach beiden Richtungen wird sich der Leser nicht enttäuscht sehen und das Buch mit dem gerade nicht allzu häufigen Gefühle zur Seite legen, einen großen Vorrath von neuen und anregenden Gedanken in sich aufgenommen zu haben. Er wird sich auch nach dem vorangegangenen Werke nicht darüber wundern, wenn er in diesem deutschen Verwaltungsrechte zum Oefteren einem starken Einflusse von französischen Rechtsauffassungen begegnet, oder, wie man es vielleicht manchmal genauer ausdrücken würde, Rechtsauffassungen, die Otto Mayer aus dem französischen Rechte gewonnen hat.

Zunächst vom System. M. berührt die Frage der Loslösung des Verwaltungsrechts aus dem Staatsrechte kurz auf S. 18. Die Scheidung von Verfassungs- und Verwaltungsrecht in der wissenschaftlichen Behandlung ist in Frankreich hergebracht. Ueber die Gründe dieser Trennung und deren Vortheile und Nachtheile hat Luigi Rossi im vorigen Jahrgange dieser Zeitschrift S. 484 ff. in sehr beachtenswerther Weise sich verbreitet. Bei uns in Deutschland wird in der wissenschaftlichen Darstellung das Verwaltungs-

Digitized by Google

recht bald mit dem Staatsrechte vereinigt, bald davon getrennt. Daß bei der Vereinigung das Verwaltungsrecht oft sehr nebenher behandelt worden ist, bemerkt M. ganz richtig. Aber daß das Verwaltungsrecht ein vom Staatsrechte unabhängiger Theil der Rechtswissenschaft ist — soweit Theile eines Ganzen überhaupt von einander unabhängig sein können — möchte ich nicht zugeben. Im Gegentheile, das Verwaltungsrecht steht in einer ganz gewaltigen Abhängigkeit vom Staatsrechte, oder wie man gegensätzlich besser sagt, vom Verfassungsrechte. Man denke nur an die Lehre von der Gewaltentheilung, an die wechselnden Auffassungen von den Grenzen der Polizei ꝛc. Gerade bei einer so tiefgehenden Untersuchung, wie sie O. M. eigen ist, springt dies mit voller Deutlichkeit in die Augen. Damit soll natürlich kein Widerspruch dagegen eingelegt werden, daß man besondere Bücher über Verwaltungsrecht schreibt; das wird schon deshalb nützlich sein, damit dasselbe nicht so sehr — sagen wir's offen — unter der Unlust der Schriftsteller über Staatsrecht zu leiden hat, wie seither häufig. Aber das Verwaltungsrecht wird immer so zu sagen nur als ein Abschnitt — freilich ein sehr großer Abschnitt — des Staatsrechts bearbeitet werden können. Der beste Beweis dafür ist der, daß ein Schriftsteller, der ein Verwaltungsrecht schreibt, wenn er es wissenschaftlich schreibt, niemals ganz um einen verfassungsrechtlichen Theil herumkommen wird.

Nun aber zur Frage der Stoffgliederung des Verwaltungsrechts. In seiner Theorie des französischen Verwaltungsrechts (S. 20 f.) macht O. M. einen Unterschied zwischen Verwaltungsrechtskunde und Verwaltungsrechtswissenschaft. Unter ersterer versteht er „die Kenntniß der bestehenden Verwaltungsrechtssätze". Dabei könne sich die Darstellung „an die Verwaltungslehre anschließen, indem sie die Ordnung benützt, die diese ihrem Stoffe gibt; die Verwaltungsrechtssätze fügen sich großen Theils mit Leichtigkeit ein in ihre verschiedenen ‚Wesen'. Diese Behandlungsweise gibt ihnen eine übersichtliche Gruppirung und werthvolle Zusammenhänge

Digitized by Google

für die Auslegung ihres Willensinhalts. Verwaltungsrechtswissenschaft ist das nicht." „Die Rechtswissenschaft hat es nur mit den Formen zu thun, in welchen zwischen den von ihr beobachteten Rechtssubjecten Willensherrschaft gemäß dem objectiven Rechte erscheint. Die daraus sich ergebenden festen Arten von Formen in ihrer Verschiedenheit und ihrem Zusammenhang bilden ihr System." Und im deutschen Verwaltungsrechte (S. 19) bemerkt O. M.: Der Anschluß an die Verwaltungslehre biete für die Darstellung des Verwaltungsrechts mancherlei Nachtheile, juristisch Zusammengehöriges werde dabei auseinander gerissen, für manches rechtlich Bedeutsame sei in diesem System überhaupt kein Platz. In der Anmerkung aber heißt es mit einem starken Beigeschmacke von Hohn: „Die Verwendung dieses Systems wird immer auch für die Rechtswissenschaft sehr nützlich bleiben, namentlich insofern danach vortreffliche Nachschlagewerke geschaffen werden können; diese Form erfüllt den Zweck vielleicht noch besser als die bei den Franzosen so beliebte des Dictionnaire de l'administration. Aber die offizielle Herrschaft, zu welcher dieses System heutzutage in der deutschen Verwaltungsrechtswissenschaft gelangt ist, kann doch nur ein Durchgangsstadium sein".

Ich heiße für meinen Theil die Systematik, welche O. M. für die Darstellung des Verwaltungsrechts befolgt, von Herzen willkommen. Ich halte es sogar für sehr förderlich, daß diese Systematik einmal mit aller Entschiedenheit und selbst Einseitigkeit in einem größeren Werke durchgeführt wird. Ich bin ferner der Meinung, daß eine Darstellung des deutschen Verwaltungsrechts sich besonders zu diesem Versuche eignet, und daß ein Werk wie das vorliegende weitaus mehr nützt, als eine in's Einzelne gehende Behandlung der Verwaltungsgesetze, die zumal im Gebiete der Landesrechte sehr leicht einen statistischen Zug bekommt. Aber so thurmhoch steht dieses neue System über dem hergebrachten doch nicht, daß man von seinen Zinnen auf das letztere so herabschauen dürfte, wie O. M. thut. Das neue System hat — von der Frage

Digitized by Google

abgesehen, ob es durchweg einwandfrei aufgebaut ist — auch seine Nachtheile, und zwar meiner Empfindung nach keine geringen. Ich kann in dieser Beziehung auf H. Rehm's Darlegungen in dieser Zeitschrift (N. F. X S. 106 ff.) verweisen. Was O. M. Verwaltungsrechtskunde nennt, gehört eben auch zur Verwaltungsrechtswissenschaft, und ein System, das sich nur auf die Behandlung der vornehmsten „Rechtsinstitute" beschränkt, wird genöthigt sein, eine Masse Rechtsstoff bei Seite zu lassen; es wird mit einer gewissen Willkür aus der Fülle dieses Stoffes dieses oder jenes auswählen, eingehender oder kürzer erörtern, je nachdem die betreffenden Dinge mehr oder weniger zur Erläuterung des „Rechtsinstituts" dienlich sind. An O. M.'s System des französischen Verwaltungsrechts kann man dies deutlich sehen. Ich wüßte kein besseres Werk, um in den Geist des französischen Verwaltungsrechts einzudringen; aber eine vollständige Darstellung dieses Verwaltungsrechts ist es nicht. Das ist kein Fehler; denn der Schriftsteller hat das Recht, sich selbst seine wissenschaftlichen Ziele zu stecken.

Die Ansicht, daß das hergebrachte System des Verwaltungsrechts in seinem wissenschaftlichen Werthe der Form des Dictionnaire gleich stehe, halte ich für nicht begründet. Dieses System beruht, wie schon Rehm a. a. O. S. 121 f. hervorgehoben hat, auf ähnlichen Erwägungen, wie das übliche System für die Darstellung des Privatrechts.

Der Fortschritt der Zukunft wird meiner Ueberzeugung in der Vereinigung des hergebrachten Systems mit dem O. M.'s bestehen. Die durch das ganze Verwaltungsrecht sich hindurchziehenden allgemeinen Rechtsinstitute sind in einem allgemeinen Theile zu behandeln. Für die erschöpfende Darstellung eines bestimmten Verwaltungsrechts sehe ich keinen anderen Weg. Man kann unmöglich die geschlossenen Massen des Wasserrechts, Wegerechts, Gewerberechts ꝛc. in lauter juristische Bausteine zerklopfen.

In diesem Zusammenhange kann ich eine Auseinandersetzung

Digitized by Google

mit O. M. erledigen, die mich persönlich angeht. S. 19 Anm. 8 seines deutschen Verwaltungsrechts unternimmt es M., an einem Beispiele, auf das er dann noch öfter zurückkommt, zu zeigen, wie durch das gebräuchliche System des Verwaltungsrechts die Aufgabe erschwert werde. „Für die juristische Wissenschaft gibt es keine bessere Lage, als wenn sie ein festes, scharf ausgeprägtes Rechtsinstitut in der Gesetzgebung unmittelbar gegeben findet. Im staatswissenschaftlichen System sind solche Rechtsinstitute nur Verlegenheiten. Das trifft z. B. zu bei der Enteignung. Wo soll man hin mit ihr? Darüber ist sofort alles rathlos ... Bei Seydel erscheint sie gar unter der Ueberschrift ‚Allgemeine Functionen der Staatsgewalt' — im Verfassungsrecht." Ich gestehe, daß ich im ersten Augenblicke, da ich das las, ordentlich darüber erschrocken bin, einen solchen systematischen Unsinn angestellt zu haben. Doch erholte ich mich wieder rasch und kann nun mit aller Ruhe versichern, daß ich weder damals, als ich dem Enteignungsrechte seinen Platz anwies, in Verlegenheit war, noch jetzt wegen dem, was ich gethan habe, ein solches Gefühl empfinde. Die Sache ist die, daß O. M. nicht richtig gelesen hat oder sonstwie einem, mir allerdings nicht erklärlichen Mißverständnisse verfallen ist. Die Eintheilung meines Staatsrechtes lautet: Drittes Buch. Das Verfassungsrecht. Viertes Buch. Allgemeine Functionen der Staatsgewalt. Fünftes Buch. Das Finanzrecht. Sechstes Buch. Das Recht der Landesverwaltung. Siebentes Buch. Das Heerwesen. Achtes Buch. Die auswärtigen Angelegenheiten. Das vierte Buch, das wohlzubemerken einem System des Staatsrechts angehört, ist ein allgemeiner Theil zu den folgenden Büchern. Was ich mir bei dieser Eintheilung gedacht habe, ist in der Einleitung des vierten Buchs zu lesen (Bayer. Staatsrecht, 2. Aufl., II S. 304). Ich denke, daß es sich wenigstens hören läßt.

O. M.'s eigenes System ist dieses. Auf eine Einleitung folgt zunächst ein allgemeiner Theil in drei Abschnitten: die geschichtlichen Entwickelungsstufen des deutschen Verwaltungs-

Digitized by Google

rechts; Grundzüge der Verwaltungsrechtsordnung; Rechtsschutz in Verwaltungssachen. Vom besonderen Theile enthält der erste Band zwei Abschnitte: die Polizeigewalt und die Finanzgewalt. Ueber den weiteren Inhalt des Werkes berichtet das Vorwort: „Der zweite Band bringt dann die Lehre vom öffentlichen Sachenrecht, von den besonderen öffentlichrechtlichen Schuldverhältnissen: öffentlichrechtliche Dienstpflicht, öffentliche Lasten, Verleihung öffentlicher Unternehmungen, Anstaltsnutzung mit ihren Gegenleistungen u. s. w., und von den juristischen Personen des öffentlichen Rechts, soweit sie dem Verwaltungsrecht angehören — alles mit öffentlichrechtlichen Seitenstücken entsprechender Rechtsinstitute des Civilrechts erfüllt."

Es ist schwer über dieses System ein Urtheil abzugeben, ehe das Ganze vorliegt. Daß die einzelnen Abschnitte in sich streng juristischen Zusammenhang haben, erkennt man aus dem ersten Bande zur Genüge, der reich an scharfsinnigen Begriffsentwickelungen und eigenartigen Gedanken ist. Aber der Zusammenhang der Abschnitte unter sich ist weniger klar; es scheint doch Vieles sehr unvermittelt nebeneinander zu stehen. Kein Zufall ist es, sondern es däucht mir in der juristischen Denkweise des Verfassers begründet zu sein, wenn in diesem ersten Bande, wie schon seiner Zeit im System des französischen Verwaltungsrechts, der Abschnitt von der Polizeigewalt weitaus der vorzüglichste, jener über den Rechtsschutz in Verwaltungssachen wohl der schwächste ist.

Im allgemeinen Theile zeigt sich der Verfasser stark unter dem Banne französischer Rechtsgedanken stehend. Man ist oft versucht, von einem ius Germanicum Francogallice comptum zu reden, so bei der Lehre vom Verwaltungsakte und bei jener vom Verwaltungsrechtsschutze. O. M. nimmt sich S. 67 ff. der französischen Lehre von der Trennung der Gewalten lebhaft an, zu der er auch selbst sich bekennt. Er meint: „Was die deutsche Wissenschaft so einmüthig verwirft, ist gar nicht die wirkliche Trennung der Gewalten, sondern der Popanz, den man daraus gemacht hat." Es mag schon sein,

Digitized by Google

daß in der deutschen Wissenschaft manche nicht genau wissen, was es mit jener französischen Lehre auf sich hat; aber so allgemein ist diese Unkenntniß doch nicht, wie O. M. glaubt. In der Lehre von der Trennung der Gewalten steckt ein berechtigter Kern; den verwirft die deutsche Wissenschaft auch nicht. Wohl aber die französische Art der Ausgestaltung des Gedankens. Wir legen das Schwergewicht auf die Trennung der Functionen, die Franzosen auf die Trennung und möglichste Selbständigkeit der Organe.

Dieser französische Zug zeigt sich ganz deutlich in O. M.'s Auffassung der Verwaltungsrechtspflege, die er mit der Verwaltungsbeschwerde unter der Ueberschrift „Rechtsschutz in Verwaltungssachen" zusammenfaßt. Hier kommen die Gedanken des deutschen Rechts und der deutschen rechtsgeschichtlichen Entwickelung gar nicht zur gebührenden Geltung. Man möchte manchmal meinen, es handle sich um ein contentieux administratif. Der deutsche Gedanke ist der, daß die Verwaltungsrechtspflege so gut wie die Civil- und Strafrechtspflege der richterlichen Function des Staats, also französisch gesprochen dem pouvoir judiciaire, nicht dem pouvoir exécutif oder besser administratif angehört. Der Schaffung einer besonderen Verwaltungsgerichtsverfassung liegt, trotz aller behördlicher Zusammenhänge, die Forderung der Trennung dieser Justiz von der Verwaltung zu Grunde, die Forderung, daß die Verwaltung nicht iudex in propria caussa sein solle. Verwaltungsbeschwerdeweg und Verwaltungsrechtsweg sind uns toto coelo verschieden, scharfe juristische Gegensätze. In der Bestimmung der Frankfurter Reichsverfassung § 183, deren O. M. S. 161 Anm. 1 gedenkt: „Die Verwaltungsrechtspflege hört auf, über alle Rechtsverletzungen entscheiden die Gerichte" bedeutet Verwaltungsrechtspflege nicht das, was wir heute darunter verstehen, sondern die durch die Verwaltungsbehörden selbst in dieser ihrer Eigenschaft geübte Rechtspflege. Das Schwergewicht des Satzes liegt also nicht darauf, daß die Civilgerichte zum Schaden

Digitized by Google

der Verwaltung bereichert werden sollen, sondern darauf, daß der Verwaltung entzogen werden soll, was keine Verwaltung ist, die Rechtsprechung über bestrittenes öffentliches Recht.

Für O. M. stellt sich die Verwaltungsrechtspflege völlig anders dar. „Die Verwaltungsrechtspflege ist ganz dem Thätigkeitsgebiete der Verwaltung zugehörig, die Entlehnung gewisser rechtlicher Formen, welche auf dem Boden der Justiz gewachsen sind, rechtfertigt ihren Namen, ohne sie deshalb dieser allgemeinen Zugehörigkeit zu entziehen." (S. 162 Anm. 3.) „Verwaltungsrechtspflege ist Erlassung eines Verwaltungsaktes unter Zuziehung der betheiligten Unterthanen als Partei im Sinne des Civilprozesses und insbesondere mit der Wirkung der Rechtskraftfähigkeit des Aktes"; oder kürzer: „Verwaltungsrechtspflege ist Erlassung eines rechtskraftfähigen Verwaltungsaktes". (S. 177.) „Es ist Zweckmäßigkeitsfrage, ob man sie (die Verwaltungsrechtspflege) überhaupt und ob man sie früher oder später an die Stelle des einfachen Verwaltungsaktes treten läßt."

Die Männer, welche der widerstrebenden Verwaltung in hartem Kampfe die Verwaltungsrechtspflege abrangen, haben nach solchem Ziele gewiß nicht gestrebt. Sie wollten in der That eine weitere „Trennung von Justiz und Verwaltung" durchsetzen. Das war der leitende Gedanke, der auch m. E. zu einem guten Theile verwirklicht ist. In der Verwaltungsbeschwerde sieht bei uns Niemand einen Rechtsschutz. Die Frage, ob etwas der Verwaltungsrechtspflege überwiesen werden soll oder nicht, ist uns durchaus keine Zweckmäßigkeitsfrage; wir erachten es vielmehr als eine Forderung des Rechtsstaats, daß, der Trennung der staatlichen Functionen entsprechend, auch über bestrittenes öffentliches Recht in einem Rechtswege entschieden werde. Nur ob das ein besonderer Rechtsweg oder der allgemeine vor den Justizgerichten sein solle, ist uns eine Zweckmäßigkeitsfrage.

Nebenbei bemerkt scheint es mir auch zweifelhaft, ob man die mitunter sehr verschiedenartigen Gestaltungen der Verwaltungs-

Digitized by Google

rechtspflege in Deutschland mit Erfolg in ein System verarbeiten kann. Wenn sich diese Widerspenstigkeit des Stoffes bei O. M. nicht so stark zeigt, so hat das theilweise darin seinen Grund, daß er die verschiedenen deutschen Rechte eigentlich allesammt ein wenig in das Prokrustesbett der eigenen Theorie zwängt.

Uebrigens wäre noch darauf hinzuweisen, daß der pouvoir judiciaire im französischen Sinne bei uns ein ganz ausgedehntes Gebiet der Verwaltungsrechtspflege zugewiesen erhalten hat, das Gebiet der Polizeistrafrechtspflege nämlich. Hier greift die richterliche Gewalt nicht etwa blos mittelbar, sondern unmittelbar hemmend in den Polizeibefehl ein. In der richterlichen Freisprechung kann der Ausspruch liegen, daß der polizeilichen Anordnung, weil sie gesetzlich nicht begründet ist, kein Gehorsam geschuldet wird. Bei dieser Rechtspflege befindet sich indessen die Verwaltung, trotz des anscheinend schweren Eingriffs des pouvoir judiciaire, immer noch behaglicher als der Private. Denn es macht nicht Jedermann Vergnügen, mit dem Strick um den Hals sein Recht zu suchen, und die Berechtigung einer Zumuthung, die er für rechtswidrig hält, auf die Gefahr seiner Bestrafung hin vom Gerichte prüfen zu lassen. Aber unter Umständen kann gerade diese Verwaltungsrechtspflege der Justiz ganz gewaltig das Concept der Verwaltung verderben. Würden z. B. bei uns in Bayern die Strafgerichte sich endlich davon überzeugen, daß man den Straßenanliegern keine finanziellen Leistungen für die Straße im Polizeiverordnungswege auferlegen kann, so würde ein ganzer Haufen von Vorschriften nebst einem guten Stück der Gemeindeetats wie Kartenhäuser zusammenfallen, was allerdings nicht Schade wäre.

Von besonderer Vorzüglichkeit ist, wie schon erwähnt, der Abschnitt über die Polizeigewalt und nicht minder ist jener über die Finanzgewalt werthvoll. Hier finden sich auch nicht wenige Ausführungen von unmittelbar praktischer Bedeutung. So S. 257 ff. die feinen Erörterungen über die Grenzen der Polizeigewalt (insbesondere S. 266 mit Anm. 10, 270), S. 275 die sehr guten

Digitized by Google

Bemerkungen über das Verhältniß der gesetzlichen Ermächtigung zur Verordnung und zum polizeilichen Einzelbefehle, S. 287 ff. über das Wesen der Polizeierlaubniß und den Unterschied zwischen dieser und der (echten) Concession, S. 311 über die Frage, wann der Polizeistrafrechtssatz selbst die Ermächtigung an die Behörde zum Erlasse der ergänzenden Befehle enthält. Sehr beherzigenswerth sind an letzterer Stelle die Bemerkungen über die Bedeutung einschlägiger Sätze des Reichsstrafrechts. O. M. tritt hier einer falschen Auffassung des Reichsstrafgesetzbuchs entgegen, die sehr verbreitet ist und sich öfters sogar beim Landesgesetzgeber findet. Das Thema des Reichsstrafgesetzbuchs, sagt M., „ist nur die Strafsetzung. Allerdings auch Strafsetzung auf Ungehorsam gegen behördliche Polizeibefehle. Aber deshalb ist es nicht dazu gehörig, daß auch die Polizeibefehlsgewalt bei dieser Gelegenheit reichsgesetzlich geordnet werde; das Landesrecht vermag das Nöthige zu liefern. Die Bestimmungen des StGB.'s verweisen also nur ganz allgemein auf polizeiliche Vorschriften, Anordnungen, Maßregeln für die und die Gegenstände. Der Sinn ist immer der: falls nach Landesrecht Befehl, Verordnung oder Einzelbefehl, in dieser Beziehung zulässig oder wirklich erlassen ist, soll auf den Ungehorsam diese Strafe gesetzt sein." Von großer juristischer Schärfe sind auch die Darlegungen über polizeiliche Zwangsvollstreckung (S. 326 ff.) und über unmittelbaren Polizeizwang (S. 346 ff.).

Im Abschnitte über die Finanzgewalt zeigen sich die Zusammenhänge des Verwaltungsrechts mit dem Staatsrechte besonders deutlich. Doch muß ich, da diese Besprechung ohnehin lang genug ausgefallen ist, auf ein näheres Eingehen verzichten.

Alles in Allem genommen: O. M.'s Werk ist trotz des Widerspruches, den es vielfach herausfordert, oder besser gesagt, gerade wegen des Widerspruches, in den es sich zum Hergebrachten setzt, eine bedeutende Leistung. Und gleichviel in welchem Maße seine Gedanken unter die bleibenden Bestände unserer Wissenschaft über-

Digitized by Google

gehen werden, ein Erfolg ist dem Buche schon jetzt sicher, der nämlich, daß es die verwaltungsrechtlichen Lehren um ein gutes Stück vorwärts bringen wird. Seydel.

2. Georg Meyer. Der Staat und die erworbenen Rechte. Leipzig, Duncker und Humblot, 1895. 44 S. (Staats- und völkerrechtliche Abhandlungen. Herausgegeben von Georg Jellinek und Georg Meyer. Band I Heft 2.)

Der Verf. gibt in gedrängter Darstellung eine Erörterung über die Frage, wie weit der Staat „befugt" sei, „im Interesse der Erfüllung seiner Aufgaben Rechte seiner Unterthanen zu verletzen". Die Frage ist, worauf auch die Ausführungen des Verf. hinauskommen, keine juristische, wenn man den Staat als Gesetzgeber meint. Allerdings müßte man dann, wenn man genau sein will, den Wortlaut der Frage anders fassen und nicht von Befugnis und Rechtsverletzung sprechen.

Verhältnißmäßig ausführlich (auf 17 Seiten) behandelt der Verf. zwei Specialfragen: die Verstaatlichung von Privatbahnen und die Stadterweiterungen. In erster Beziehung kommt M. auf seinen Streit mit Laband wegen der Verstaatlichung der hessischen Ludwigsbahn zu reden. Er meint, eine Eisenbahnconcession sei ein hoheitlicher Akt, der in derselben vorbehaltene Uebergang der Bahn in den Besitz des Staats erfolge also nicht auf Grund eines privaten Rechtsgeschäfts, sondern in Ausübung staatlicher Hoheitsrechte. Die Frage aber, ob in der Befugniß, Eisenbahnen zu concessioniren, auch das Recht enthalten sei, nach Ablauf einer bestimmten Zeit die zwangsweise Erwerbung der Eisenbahn durch den Staat vorzubehalten, sei ohne Bedenken zu bejahen. „Die Eisenbahnconcessionen dürfen nicht mit den Gewerbeconcessionen auf eine Linie gestellt werden. Letztere enthalten nur die Erlaubnis zur Errichtung einer bestimmten gewerblichen Anlage oder zum Betrieb eines bestimmten Gewerbes. Hier kann man sagen, daß die Concession gar keine Beziehung zu den Vermögensobjecten hat,

Digitized by Google

welche in Folge derselben entstehen. Die Eisenbahnen sind dagegen keine privaten Gewerbsunternehmungen, sondern öffentliche Verkehrsanstalten."

Ich muß bekennen, daß mir diese Beweisführung aus der Natur der Sache nicht sehr zwingend erscheint. Daß eine Concession allemal ein hoheitlicher Akt ist, ist richtig. Aber daß in der Befugnis, Bahnconcessionen zu ertheilen, auch dann, wenn das Gesetz nichts sagt, die Befugnis selbstverständlich mit inbegriffen sei, den Heimfall der Bahn an den Staat nach bestimmter Zeit vorzubehalten, das ist entschieden nicht richtig. Und es wird auch dadurch nicht richtig, daß man behauptet, die Bahnen seien keine privaten Gewerbsunternehmungen, „sondern" öffentliche Verkehrsanstalten. Im volkswirthschaftlichen Sinne sind sie beides, im rechtlichen Sinne sind sie nur ersteres; ganz ähnlich, wie etwa eine Privatunterrichtsanstalt dem „öffentlichen Unterrichte" gewidmet sein kann und doch rechtlich nichts weiter ist als ein Privatunternehmen. Für Bayern z. B. steht die einschlägige Bestimmung im Art. 8 des Gewerbegesetzes vom 30. Januar 1886 und lautet: Nur auf Grund einer Concession dürfen betrieben werden: 1. Privat-Eisenbahn- und Dampfschifffahrtsunternehmungen, 2. Privatunternehmungen von Creditkassen und Bankanstalten, 3. das Apothekergewerbe ꝛc., 4. die Gast- und Schankwirtschaft ꝛc., 5. das Trödlergewerbe, 6. die Commissions- und Anfragebureaus. Hier scheert also der Gesetzgeber ganz ausdrücklich all das über einen Kamm, was M. verschieden behandelt wissen will. Und es trifft nicht einmal zu, daß in allen Fällen der Ziff. 2—6 die Concession „gar keine Beziehung zu den Vermögensobjecten" habe, „welche in Folge derselben entstehen". Bei den Apothekenconcessionen z. B. ist diese Beziehung gar sehr vorhanden. M. E. kann der Staat bei dem hoheitlichen Akte der Concession nur solche Bedingungen stellen, die mit der Hoheit, die er dabei ausübt, d. h. mit den wahrzunehmenden staatspolizeilichen Rücksichten, einen Zusammenhang haben; dagegen kann er die Concession zur Erlangung

Digitized by Google

eines Vermögensvortheils nur dann benützen, wenn das Gesetz dies ausdrücklich gestattet.

In den Zeiten, als die staatliche Verwaltung sich etwas zu sehr hoheitlich fühlte und noch der Ansicht huldigte, sie dürfe in die Rechtssphäre des Privaten nicht etwa nur da eingreifen, wo das Gesetz es erlaube, sondern auch da, wo das Gesetz es nicht ausdrücklich verbiete, kamen ja wie auf anderen Gebieten, so auch auf dem des Eisenbahnwesens, sehr weitgehende Eingriffe vor. Das bayerische Recht bietet ein Beispiel. In Bayern erging unterm 20. Juni 1855 eine Verordnung, die Erbauung von Eisenbahnen betr., die ohne jede gesetzliche Grundlage die Concessionirung der Eisenbahnen regelte. Im § 7 dieser Verordnung wird die höchste Zeitdauer der Concession auf 99 Jahre festgesetzt und gesagt: „Nach Ablauf der in der Concessionsurkunde festgesetzten Zeit geht das Eigenthum der Eisenbahnen sammt ihren Zubehörungen ohne Entgelt und unmittelbar an den Staat über." Das Mobiliarvermögen kann der Staat, wenn er will, gegen schiedsrichterlich festzusetzende Vergütung ablösen. Solches Faustrecht nannte man damals Eisenbahnhoheit oder Gewerbepolizei. Im Ganzen und Großen ist man aber davon doch wohl abgekommen. Einzelne polizeiliche Gebiete gibt es allerdings noch, wo, in Bayern wie anderwärts, dieses Unwesen noch fortdauert. Man braucht sich nur daran zu erinnern, wie die gemeindlichen Verwaltungen unter dem Aushängeschild der Straßenpolizei den Hauseigenthümern auf die willkürlichste Weise in die Tasche greifen. Seydel.

3. Georg Jellinek, Die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte. Ein Beitrag zur modernen Verfassungsgeschichte. Leipzig, Duncker und Humblot, 1895. 53 S. (Staats- und völkerrechtliche Abhandlungen. Herausgegeben von Georg Jellinek und Georg Meyer, Band I Heft 3.)

Jellinek unternimmt es in dieser interessanten Abhandlung, zu untersuchen, wo die geschichtlichen Wurzeln der Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte vom 26. August 1789 zu finden

Digitized by Google

seien. Die herrschende Ansicht gehe dahin, daß die Lehren des contrat social den Anstoß zu jener Erklärung gegeben haben, deren unmittelbares Vorbild die Unabhängigkeitserklärung der Vereinigten Staaten vom 4. Juli 1776 gewesen sei. J. zeigt zunächst kurz, daß die Erklärung vom 26. August 1789 geradezu im Gegensatze zu Rousseau's Lehre vom contrat social stehe. Denn weit entfernt, ursprüngliche Menschenrechte anzuerkennen, die der Einzelne in den Staat als rechtliche Schranke für diesen mithinübernimmt, beruhe diese Lehre vielmehr geradezu auf dem Gedanken der vollen Entäußerung aller Rechte des Einzelnen an die Gemeinschaft (l'aliénation totale de chaque associé avec tous ses droits à toute la communauté). Der Gedanke der Erklärung der Menschenrechte müsse also aus einer anderen Quelle herkommen. Die verbreitete Meinung nehme nun an, Lafayette sei, als er einen Entwurf der Erklärung der französischen Nationalversammlung vorlegte, hiezu durch die amerikanische Unabhängigkeitserklärung angeregt worden. Dies sei aber, bemerkt J., an sich schon nach dem Inhalte der letzteren wenig wahrscheinlich. J. macht auf eine bisher übersehene Stelle in Lafayette's Denkwürdigkeiten aufmerksam, woraus erhellt, daß dessen Vorbild die bills of rights gewesen seien, welche die einzelnen nordamerikanischen Staaten ihren Verfassungen vorausschickten, zuerst Virginien. J. weist die nahe Verwandtschaft zwischen der déclaration des droits und den amerikanischen bills of rights durch Nebeneinanderstellung der Texte nach.

Er untersucht sodann die Frage, wie die Amerikaner auf solche gesetzgeberische Feststellungen gekommen seien. Man werde geneigt sein, an die englische bill of right, die Habeas Corpus-Akte 2c. zu denken. Gewiß habe die Erinnerung hieran einen wesentlichen Antheil an der Entstehung der amerikanischen Erklärungen gehabt. Gleichwohl seien die letzteren von jenen englischen Gesetzen durch eine tiefe Kluft getrennt. Die amerikanischen bills of rights wollen nicht nur gewisse Grundsätze für die staat-

Digitized by Google

liche Verfassung aufstellen, sondern vor Allem die Grenzlinie zwischen dem Staate und den Einzelnen ziehen. Die amerikanischen bills handeln nicht von Rechten der Unterthanen, sondern von Rechten, die all mankind, every member of society zustehen, die angeboren und unveräußerlich sind. Diese Vorstellungen seien in die amerikanischen Gesetze sicherlich nicht aus dem englischen Rechte gekommen. Auch die naturrechtlichen Vorstellungen der damaligen Zeit könnten die Ursache nicht sein; solche Lehren seien schon alt, ohne daß sie zur Formulirung von Grundrechten geführt hätten. J. sucht nun in anziehender geschichtlicher Darlegung den Nachweis zu führen, daß die verfassungsrechtliche Anerkennung, welche sich der Grundsatz der Glaubensfreiheit in Amerika errungen habe, der eigentliche Keim für die Entstehung von Grundrechten gewesen sei. „Die Idee, unveräußerliche, angeborene, geheiligte Rechte des Individuums gesetzlich festzustellen, ist nicht politischen, sondern religiösen Ursprungs. Was man bisher für ein Werk der Revolution gehalten hat, ist in Wahrheit eine Frucht der Reformation und ihrer Kämpfe". (S. 42.) Die amerikanischen Erklärungen der Rechte haben nicht einen neuen Rechtszustand geschaffen, sondern den thatsächlichen Rechtszustand in bestimmten allgemeinen Formeln ausgeprägt. Treffend sagt J. (S. 48): „Was die Amerikaner bereits besaßen, das wollten sie als ewiges Besitzthum für sich und jedes freie Volk proclamiren. Im Gegensatz zu ihnen wollten die Franzosen gewähren, was sie noch nicht hatten, nämlich die Institutionen, die den allgemeinen Grundsätzen entsprechen sollten. Darin liegt der bedeutsamste Unterschied zwischen amerikanischer und französischer Erklärung der Rechte, daß dort die Institutionen der Anerkennung des Rechts des Einzelnen vorangingen, hier ihr nachfolgten."

Im Ganzen machen J.'s Darlegungen einen sehr überzeugenden Eindruck. Jedenfalls aber wird man folgender allgemeinen Bemerkung (S. 31) beipflichten: „Die Geschichte der Politik ist heute noch viel zu viel Literaturgeschichte, viel zu wenig Geschichte

Digitized by Google

der Institutionen selbst. Die Zahl neuer politischer Ideen ist sehr gering; die meisten sind, im Keime wenigstens, bereits der antiken Staatslehre bekannt gewesen. Die Institutionen aber unterliegen steter Veränderung und wollen überall in ihrer eigenthümlichen geschichtlichen Ausgestaltung begriffen werden." Seydel.

4. Sontag, Ernst, Der besondere Schutz der Mitglieder des deutschen Reichstages und der deutschen Landtage gegen Strafverfolgung und Verhaftung. Breslau, Wilhelm Köbner, 1895. 92 S.

Die Schrift befaßt sich nicht mit der beruflichen Immunität der Abgeordneten, die in Art. 30 der Reichsverfassung und § 11 des Reichsstrafgesetzbuchs geregelt ist, sondern mit den außerberuflichen Immunitätsrechten, wie sie in Art. 31 der Reichsverfassung und den Verfassungen der Bundesstaaten bestimmt sind.

Die Untersuchung wird sehr sorgsam geführt und geht auch in die Einzelheiten ein; die Darstellung ist im Allgemeinen gut, nur ab und zu fällt eine stilistische Nachlässigkeit auf.

Nach einem einleitenden Capitel über die Immunität nach englischem und französisch-belgischem Rechte, wendet sich der Verf. der Darstellung des deutschen Rechts zu. Ich begnüge mich eine Reihe von Fragen aufzuzählen, die der Verf. hier fast in der Weise eines Commentators behandelt. Zu Art. 31 der Reichsverfassung wird erörtert, wer die Entscheidung des Hauses einzuholen hat, sodann wird die Frage der strafrechtlichen Verjährung untersucht, ferner die Bedeutung der Worte „während der Sitzungsperiode", der Worte „wegen einer mit Strafe bedrohten Handlung", „zur Untersuchung gezogen" „verhaftet" „bei Ausübung der That ꝛc." in Abs. I, „Strafverfahren" in Abs. III. Das letzte Capitel gibt dann eine nach Gruppen zusammengefaßte Uebersicht des Rechtsstandes in den deutschen Bundesstaaten. Hier muß ich über eine Berichtigung zu meinem bayerischen Staatsrechte quittiren, die ich als zutreffend anerkenne. Die bayerische Verfassung fordert die Genehmigung der Kammer

Digitized by Google

für jede Art Verhaftung eines Kammermitglieds, also auch für die Strafvollzugshaft. Sontag weist mit Recht darauf hin, daß diese Vorschrift nach der letztgenannten Richtung hin keine Geltung mehr hat, da § 6 des Reichs-Einführungsgesetzes zur Strafprozeßordnung nur jene landesrechtlichen Bestimmungen unberührt läßt, welche die Einleitung oder Fortsetzung einer Strafverfolgung gegen Landtagsmitglieder betreffen. Dagegen vermag ich einer anderen Bemerkung, die der Verf. gegen mich macht, nicht beizupflichten. Er sagt (S. 89 f.): „Gehört ein Abgeordneter etwa zwei Parlamenten an, von denen das eine seine Abwesenheit von den Sitzungen mit Entziehung der Immunität bedroht (Meiningen), so behauptet Seydel (dieser Satzbau ist zugleich ein Beleg für die oben gerügten einzelnen stilistischen Schwächen), daß diese Bestimmungen nicht gegen ihn angewendet werden dürfen, falls er abwesend war, um in dem anderen Parlamente seiner Berufspflicht zu genügen. Denn erlaube das Staatsrecht eines solchen Staates, daß einer ihrer (?) Abgeordneten noch ein Mandat zu einem andern Landtage annimmt, so muß es auch die Consequenzen tragen, daß der Abgeordnete bei diesem seinem Berufe obliegt und nicht bei jenem. Aber aus dem Zugeständniß, daß ein zweites Mandat übernommen werden darf, folgt nicht nothwendig, daß für einen solchen Abgeordneten die Immunitätsbestimmungen anders gehandhabt werden. Es steht ihm frei, sich an den Sitzungen des anderen Parlaments zu betheiligen, aber damit verzichtet er eben vorübergehend auf die Immunität, die ihm jener Landtag gewährt, der seine Anwesenheit verlangt. Die Gerichte dürfen sich also über die Einholung der Genehmigung hinwegsetzen." Hiezu habe ich zu bemerken, daß ich an der von Sontag angezogenen Stelle (bayer. Staatsrecht 1. Aufl., II S. 189) überhaupt nicht von der Immunität, sondern von der Präsenzpflicht des Landtagsabgeordneten spreche. Das bayerische Staatsrecht bedroht die Abwesenheit von den Sitzungen nicht mit Verlust der „Immunität", sondern in gewissen qualifizirten Fällen mit mehr. Die letztangeführten

Digitized by Google

Sätze aber halte ich, besonders in ihrer Allgemeinheit, für sehr bedenklich. Die gewöhnlichen Fälle sind doch nicht die, wo ein Abgeordneter das eine Parlament zu Gunsten des anderen ganz vernachlässigt, sondern wo er je nach Bedarf und Neigung zwischen beiden Parlamenten hin- und herzieht. Seydel.

5. C. Merlo, Landgerichtsrat a. D., die Ungesetzlichkeit der die Straßenreinigung betreffenden Polizeiverordnungen und Ortsstatute. Köln, Paul Neubner, 1894. 44 S.

6. B. E. Rufer, Landgerichtsrat a. D., die Trottoirfrage im Lichte der in der bayerischen Pfalz geltenden Gesetze. Ludwigshafen a. Rh., J. G. Biller, 1895.

Die beiden kleinen Schriften behandeln eine Sache des ius quotidianum, beide sind überdies durch örtliche Streitigkeiten veranlaßt. Wenn sie hier Erwähnung finden, so geschieht dies deswegen, weil die darin erörterten Streitigkeiten geeignet sind, zur schärferen Untersuchung grundsätzlicher Fragen des Verwaltungsrechts anzuregen. Die Schrift Merlo's ist im Verwaltungsarchiv IV S. 71 ff. eingehend besprochen. Die wissenschaftlich interessante Hauptfrage tritt am Schärfsten im bayerischen Rechte heraus, die Frage nämlich, ob es angängig ist, im Wege der Polizeiverordnung Leistungen von Vermögenswerth nicht um eines polizeilichen, sondern um des finanziellen Zweckes willen aufzuerlegen. Die Frage ist für den Juristen selbstverständlich zu verneinen; die Gemeindebehörden scheinen es aber für ebenso selbstverständlich, jedenfalls für sehr praktisch zu halten, daß sie zu bejahen sei. In Bayern hat man die Belastung der Hausbesitzer mit Leistungen für die Gemeindestraßen mittels zweier grober juristischer Fehler ermöglicht. Der eine ist der eben erwähnte; der andere der, daß man in § 366 Ziff. 10 des RStGB.'s eine reichsrechtliche Ermächtigung zum Erlasse straßenpolizeilicher Vorschriften entdeckt hat, was durch die schiefe Fassung des Art. 2 Ziff. 6 des bayer. PStGB.'s begünstigt wurde. Den Vogel hat

Digitized by Google

man in München abgeschossen. Durch ortspolizeiliche Vorschrift wurde den Hausbesitzern die Straßenreinigung aufgebürdet. Diese angebliche „polizeiliche" Verpflichtung wurde dann für die holzgepflasterten Straßen durch Gemeindestatut als „Gemeindeanstalt" erklärt und deren Benützung den Hausbesitzern zur Zwangspflicht gemacht, also die „polizeiliche" Verpflichtung in eine Geldleistung verwandelt. Das heißt doch wahrlich mit den gesetzlichen Bestimmungen Taschenspielerei treiben und erinnert lebhaft an Finanzkünste des vorigen Jahrhunderts. Seydel.

7. Robert v. Landmann, k. bayer. Staatsminister des Innern für Kirchen- und Schulangelegenheiten. Die Gewerbeordnung für das Deutsche Reich, unter Berücksichtigung der Gesetzgebungsmaterialien, der Praxis und der Litteratur erläutert und mit Vollzugsvorschriften herausgegeben. 2. völlig umgearbeitete Auflage. München 1895. C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung. 1495 S.

Der Werth eines Werkes wie des vorliegenden ist nur schätzbar, wenn man dasselbe in seinem Zusammenhange mit der gesammten Litteratur des deutschen Verwaltungsrechtes würdigt. Ohne Zweifel gehört ein guter Kommentar zur Reichsgewerbeordnung, in diesem Zusammenhange betrachtet, zu den schwierigsten und dankenswerthesten Leistungen dieses Litteraturgebietes. Dies hat seinen Grund in zweierlei Umständen, mit denen der Verfasser sich abzufinden hat.

Den einen von ihnen bildet der gegenwärtige Stand der Verwaltungsrechtswissenschaft in Deutschland. Wir haben ein Verwaltungsrecht erst seit einigen Jahrzehnten. Daher kommt es, daß die allgemeinen Lehren des Verwaltungsrechtes bei uns noch nicht dieselbe wissenschaftliche Ausbildung gefunden haben wie in anderen Ländern. Das Eingreifen der Reichsgesetzgebung in das staatliche Verwaltungsrecht, hat die Entwickelung der Verwaltungsrechtswissenschaft zunächst eher gehemmt als gefördert. Der Kommentator eines Verwaltungsgesetzes des Deutschen Reichs findet

Digitized by Google

daher keine fertige Lehre vor, aus der er schöpfen könnte. Er hat vielmehr zu manchen ungelösten oder bestrittenen Fragen allgemeinster Natur selbst erst Stellung zu nehmen.

Dazu kommt für den Erklärer der Reichsgewerbeordnung noch ein besonderer, seine Arbeit erschwerender Umstand.

Die Reichsgewerbeordnung ist, milde gesagt, eine unserer mindest vollkommenen gesetzgeberischen Leistungen. Nirgends hat das Drängen und Treiben politischer Richtungen dem Gesetzgeber die objektive Rechtsgestaltung so schwer gemacht und nirgends haben die rechtlichen Begriffe unter dem Einfluß politischer Schlagworte, wie Gewerbefreiheit, Innungszwang, Arbeiterschutz, an Klarheit und Bestimmtheit mehr eingebüßt als im Gewerberecht. Die Aufgabe, den verschiedenen Interessen die Norm zu geben, wurde dem Reiche besonders noch durch die Vielgestaltigkeit des bisherigen Landesrechtes, auf welches Rücksicht zu nehmen war, erschwert. Kein Wunder also, daß das erste Ergebniß dieser gesetzgeberischen Arbeit ein unvollkommenes war, kein Wunder, daß der Gewerbeordnung vom Jahre 1869 eine ungewöhnliche Menge von Abänderungs- und Ergänzungsgesetzen alsbald folgen mußte. Für den Kommentator ergiebt sich hieraus die Nothwendigkeit, oftmals durch schwierige Schlußfolgerungen zu suchen, was der Gesetzgeber sagen wollte, Ungenauigkeiten und Lücken durch wissenschaftliche Methodik zu beseitigen.

Man muß, wie gesagt, diese Umstände beachten, um einem Werke, wie Landmann's Kommentar, in der Beurtheilung gerecht zu werden.

Die erste Auflage dieses Buchs erschien, nachdem der Text der Gewerbeordnung mit der Novelle vom 1. Juli 1883 neu redigirt worden war, im Jahre 1884. Inzwischen wurden die beiden auf die Innungen bezüglichen Gesetze vom 23. April 1886 und vom 6. Juli 1887 und das tiefer eingreifende sogenannte Arbeiterschutzgesetz vom 1. Juni 1891 als Novellen zur Reichsgewerbeordnung erlassen. Auch die Gesetzgebung über die Ver-

Digitized by Google

sicherung der Arbeiter beeinflußte da und dort das Gewerberecht. Eine neue Auflage des hervorragend praktischen Buches ist daher zu begrüßen.

Den beiden erwähnten Schwierigkeiten hat der Verfasser in anerkennenswerthester Weise Rechnung getragen. Seine im Vorwort hervorgehobene „möglichst vertiefte und eingehende Bearbeitung der prinzipiellen Fragen" erhebt sein Werk über den Durchschnitt der Kommentarlitteratur und gibt ihm das Verdienst einer wissenschaftlichen Leistung.

Hören wir, um davon nur eine Probe zu geben, den Verfasser als Erläuterer unklaren Gesetzestextes.

Der erste Satz im zweiten Absatze des § 13 der Reichsgewerbeordnung lautet:

„Nach dem begonnenen Gewerbebetriebe ist, soweit dies in der bestehenden Gemeindeverfassung begründet ist, der Gewerbetreibende auf Verlangen der Gemeindebehörde nach Ablauf von drei Jahren verpflichtet, das Bürgerrecht zu erwerben."

Den Sinn dieser musterhaft ungeschickt gefaßten Bestimmung erläutert v. Landmann auf S. 106 wie folgt:

„Note 3. Verpflichtung zur Erwerbung des Bürgerrechts. Wenn die Gemeindeverfassung für neuanziehende Gewerbetreibende einen Zwang zur Erwerbung des Bürgerrechts nicht kennt, hat es dabei sein Verbleiben. Wo ein solcher Zwang besteht, kann er gegenüber einem Gewerbetreibenden nicht vor Ablauf von drei Jahren geltend gemacht werden, wenn landesrechtlich ein solcher Zwang sofort oder schon früher geübt werden könnte. Wo die landesrechtlich bestehende Frist eine längere ist, hat es dabei sein Verbleiben. Ferner führt der Gewerbebetrieb als solcher nicht mehr ohne Weiteres die Erwerbung des Bürgerrechts herbei; abgesehen von dem Falle, wo der Gewerbetreibende selbst die Aufnahme als Bürger beanspruchen sollte, tritt der Erwerb auf Grund des Gewerbebetriebes nur auf Verlangen der Gemeindebehörde ein."

Digitized by Google

Dieser Erläuterung ist kaum etwas beizufügen. Die erläuterte Bestimmung aber ist ein Beispiel für die so häufig sich zeigende Bemühung des Gesetzgebers, mehrere und vielerlei Gedanken in einem Satze wiederzugeben. Für die hiedurch gewonnene Ersparniß an Papier wird dem Ausleger die Mühe gemacht, künstlich Verworrenes künstlich zu entwirren. Es wird ein Herd für Streitigkeiten geschaffen und nicht immer gelingt dem Richter die Räthsellösung so gut, wie sie im vorliegenden Falle dem Kommentator gelungen ist.

Streitfragen geht der Verfasser nirgends aus dem Wege. Indem er den Sinn einer Bestimmung bis zu ihren äußersten praktischen Wirkungen verfolgt, citirt er nicht nur die einschlägigen Urtheile oberster Gerichte, sondern sucht in den meisten Fällen selbständig die Entscheidung aus dem Gesetze abzuleiten. In der gleichen Weise nimmt er Stellung auch zu allgemeineren Fragen, z. B. ob unter § 1 der GO. auch der unselbständige Gewerbebetrieb falle (S. 43), ob juristische Personen des Inlands für solche Gewerbe, für deren Betrieb vom Gesetze bestimmte persönliche Eigenschaften des Gewerbetreibenden verlangt sind, concessionsfähig seien (S. 46), ob Beschränkungen rein gewerbepolizeilicher Natur landesrechtlich neben den Beschränkungen der Reichsgewerbeordnung ohne besondere reichsgesetzliche Anweisung zulässig seien (S. 50, 1038), inwieweit die RGO. auf die zur Zeit ihres Erlasses bereits betriebenen Gewerbe einwirke (S. 52), ob der gleichzeitige Betrieb gewisser Gewerbe aus allgemein polizeilichen Gründen untersagt werden dürfe (S. 56), ob die landesrechtlichen Bestimmungen über die Anweisung einer bestimmten Oertlichkeit zur Ausübung eines Gewerbes durch § 3 der RGO. ausgeschlossen seien (S. 56), ob die RGO. auf Eisenbahnen, welche nur zum Verkehre innerhalb des Ortes dienen, Anwendung finde (S. 318).

Die zuletzt berührte Frage verneint Landmann gegenüber der früheren preußischen Praxis mit Recht, doch ohne Begründung. Der Grund, weshalb der von Verkehrseinrichtungen innerhalb der

Digitized by Google

Orte handelnde § 37 auf Eisenbahnen nicht anwendbar ist, liegt in dem Verhältnisse des § 37 zum § 6 der RGO. In § 37 ist bestimmt, daß der locale Verkehr und der Straßendienst innerhalb der Orte der Regelung durch die Ortspolizeibehörde unterliege. § 6 der RGO. schließt die Eisenbahnunternehmungen aus dem Geltungsbereich der RGO. aus. § 6 ist gegenüber dem § 37 die allgemeinere Bestimmung. § 37 führt nicht die localen Verkehrsbetriebe, welche ortspolizeilicher Regelung unterliegen, auf, sondern er setzt die Bestimmung dieser Gewerbe voraus, welche in § 6 erfolgt ist. § 37 kann also nur auf solche Gewerbe angewendet werden, für welche die Gewerbeordnung nach § 6 überhaupt gilt.

In Allem kann dem Verfasser nicht zugestimmt werden. Dies gilt sogar von einigen Grundanschauungen. Das Verhältniß der Reichsgewerbeordnung zum Landesrechte ist, wie mir scheint, nicht überall scharf genug bestimmt. Der Grundsatz der Reichsverfassung, wonach Reichsrecht dem Landesrechte vorgeht, ist nicht durchweg in seiner vollen Bedeutung angewendet.

Seydel hat in seinem Gewerbepolizeirecht S. 28 mit Bestimmtheit aus jenem Grundsatz der Reichsverfassung für das Gewerberecht gefolgert, daß Beschränkungen der Gewerbeausübung rein gewerbepolizeilicher Natur landesrechtlich neben der Gewerbeordnung ohne besondere reichsgesetzliche Vollmacht nicht bestehen können. Vgl. auch Seydel, bayer. Staatsrecht, 2. Aufl. Bd. 3 S. 399.

Dieser Folgerung ist unbedingt zuzustimmen. Nachdem einmal die Reichsgewerbeordnung durch Rechtssatz den Grundsatz der Gewerbefreiheit ausgesprochen und die Regelung der gewerbepolizeilichen Beschränkungen dieser Freiheit selbst unternommen hat, ist das Landesrecht aus diesem Gebiete grundsätzlich verdrängt. Das Reichsrecht kann Vorbehalte für das Landesrecht machen und thut dies mehrfach; aber ein solcher Vorbehalt ist nirgends zu vermuthen.

Digitized by Google

Landmann scheut sich, dieser Folgerung hinsichtlich der Zulassung zum Gewerbebetriebe unbedingt sich anzuschließen (vgl. S. 50) und erklärt es für selbstverständlich, daß neben der Gewerbeordnung Beschränkungen in Bezug auf die Art der Ausübung des Gewerbebetriebes zulässig sind (vgl. S. 51). Dies „selbstverständlich" ist jedoch hinsichtlich der gewerbepolizeilichen Beschränkungen nur für solche Beschränkungen anzuerkennen, welche durch andere Reichsgesetze angeordnet werden.

Eine Wirkung ferner der gesetzlichen Regelung des Gewerbepolizeirechtes scheint Landmann nicht vollständig zu beachten. Diese Wirkung betrifft die concurrirenden Bestimmungen des Privatrechts und vor Allem die Vertragsfreiheit.

Kein Zweifel kann darüber bestehen, daß Normen des früheren Privatrechts, welche mit Bestimmungen der Gewerbeordnung im Widerspruch sich befanden, durch dieses Gesetz außer Kraft getreten sind. Beruhten solche Normen auf Landesrecht, so mußten sie nach dem Grundsatze fallen, daß Reichsgesetze den Landesgesetzen vorgehen. Waren sie reichsgesetzlich entstanden, so verfielen sie dem Satze, daß das spätere Gesetz den widersprechenden Inhalt des früheren Gesetzes beseitige. Dasselbe gilt aber auch von den gleichinhaltlichen Bestimmungen früheren Privatrechts. Für dergleichen Bestimmungen kann die Fortdauer ihrer Geltung nicht etwa daraus abgeleitet werden, daß der Interessenkreis des Privatrechts ein anderer ist als derjenige eines Verwaltungsgesetzes. Es besteht allerdings ein solcher Unterschied zwischen den Interessenkreisen, denen Gesetze privatrechtlichen und Gesetze öffentlichrechtlichen Inhalts Regeln geben. Allein jener Kreis von Interessen, welcher das Privatrecht zum Gegenstand hat, ist demjenigen des öffentlichen Rechts gegenüber der engere und geht in diesem auf. Es kann nicht gleichzeitig Rechtens sein, daß im Interesse der Nachbarn etwas durch das Privatrecht verboten sei, und daß dasselbe Verbot im öffentlichen Interesse allgemein durch ein Verwaltungsgesetz ausgesprochen sei. Was allgemein verboten ist, das

Digitized by Google

ist eben deshalb auch dem Nachbarn verboten. Das Interesse, wofür ein Rechtssatz gegeben ist, kommt nur als Motiv des Gesetzgebers in Betracht. Für die Geltung des Rechtssatzes ist dasselbe nicht von Belang. Wird diese Geltung durch ein späteres Gesetz in Frage gestellt, so entscheidet über die Fortdauer der Geltung des früheren Rechtssatzes nicht der gesetzgeberische Grund, sondern allein der Inhalt des Rechtssatzes.

Diese allgemeine Auseinandersetzung ist u. A. von Bedeutung für die Entscheidung der Frage, ob die sog. Legalservituten des Nachbarrechts durch die Bestimmungen der Gewerbeordnung über Verbot und Beschränkung in der Errichtung gewerblicher Anlagen und in der Ausübung des Gewerbebetriebs aufgehoben worden seien. Soweit der Inhalt dieser Servituten mit den Bestimmungen der Gewerbeordnung sich deckt, ist dies zweifellos der Fall.

Wieweit eine solche Deckung vorliege, das kann nur durch eine genaue Vergleichung der einzelnen Bestimmungen ermittelt werden. Dies zeigen folgende Beispiele:

Das servitutmäßige Verbot einer bestimmten gewerblichen Anlage ist dadurch nicht beseitigt, daß dieselbe zu den genehmigungsbedürftigen Anlagen des § 16 der RGO. gehört. Denn diese Bedürftigkeit ist inhaltlich etwas Anderes als jenes direkte Verbot.

Dagegen ist ein auf dem Nachbarrechte beruhendes privatrechtliches Widerspruchsrecht mit der polizeilichen Genehmigungsbedürftigkeit nicht vereinbar. Die Gewerbeordnung stattet die Behörden der Polizei *allgemein* mit der Befugniß aus, die Errichtung bestimmter Anlagen u. A. wegen ihres für Besitzer oder Bewohner benachbarter Grundstücke schädlichen Charakters zu versagen. Daneben hat ein *besonderes* Versagungsrecht des Nachbarn keinen Raum.

L. *scheint* S. 131 derselben Ansicht zu sein, denn er spricht nur von dem Fortbestande des nachbarlichen Widerspruchsrechtes für die in § 16 nicht aufgeführten Gewerbe. Er nimmt

Digitized by Google

offenbar, obgleich nicht ausdrücklich, auch die vom Bundesrath dem gesetzlichen Verzeichniß dieser Gewerbe hinzugefügten weiteren Gewerbe dabei nicht aus. Allein er unterläßt es, dort zu sagen, daß das Widerspruchsrecht der Nachbarn für die Anlagen des § 16 und der das gesetzliche Verzeichniß erweiternden Bundesrathsverordnungen beseitigt sei. In der N. 5 zu § 17 (S. 152), wo von dem Verfahren bei solchen Genehmigungsverhandlungen die Rede ist, unterscheidet L. zwischen Legalservituten einerseits und den durch besonderen Titel begründeten Servituten oder vertragsmäßigem Verbote der Anlagenerrichtung andererseits. Einwendungen auf Grund von Legalservituten läßt er durch Ablauf der in § 17 Abs. II gesetzten Frist präcludiren. Damit erkennt er, wenn auch nicht ausdrücklich, an, daß diese Legalservituten dem Nachbarn kein Verhinderungsrecht mehr gewähren, m. a. W., daß sie durch die RGO. aufgehoben seien. Die andere Art von Einwendungen dagegen läßt L. uneingeschränkt zu.

Hier scheint mir jedoch die für obige Beispiele gemachte Unterscheidung am Platze zu sein. Ein vertragsmäßig oder auf sonstigem privatrechtlichem Titel beruhendes Widerspruchsrecht des Nachbarn kann unter den im § 17 Abs. II vorbehaltenen Einwendungen, welche auf privatrechtlichen Titeln beruhen, nicht mitverstanden werden.

Was oben über die fortdauernde Geltung privatrechtlicher und den gewerbepolizeilichen gegenüber gleichinhaltlicher Bestimmungen gesagt wurde, das gilt besonders von Verträgen. Was durch Gesetz unmittelbar und unabänderlich geboten oder verboten ist, das kann nicht Inhalt von Verträgen sein. Durch den Vertrag äußern Personen eigenen Willen oder den Willen von Vertretenen. Soweit das Gesetz den Willen gebunden hat, fehlt die zum Vertrage nöthige Freiheit der Willensbestimmung. Wer durch das Gesetz zu einer bestimmten Handlung oder Unterlassung verpflichtet ist, kann sich daher nicht mehr selbst gegenüber Einzelnen hiezu verpflichten.

Digitized by Google

Bei Anwendung dieser Sätze auf die vorliegende Frage ergibt sich die Unzulässigkeit von Verträgen solchen Inhalts, wodurch ein mit dem polizeilichen concurrirendes Widerspruchsrecht Einzelner begründet würde.

Wir gehen noch weiter. Was durch Rechtssatz für erlaubt erklärt ist, das kann nicht durch Verträge unter Einzelnen verboten werden. Indem das Gesetz eine allgemeine Erlaubniß zu Handlungen bestimmter Art ausspricht, begründet dasselbe zwar noch keine subjectiven Rechte Einzelner zur Vornahme solcher Handlungen. Die nach einer bestimmten Richtung erfolgte gesetzliche Bestätigung der Handlungsfreiheit bedeutet vielmehr das allgemeine Verbot der Beschränkung oder Ausschließung dieser Freiheit. Dieses Verbot erstreckt seine Wirkung auch auf Verträge. Die allgemeine Erlaubniß zum Gewerbebetriebe begründet keine der privaten Verfügung anheimgegebene persönliche Berechtigung. Die Gewerbeordnung spricht im ersten Paragraphen die Wirkung dieser Erlaubniß selbst mit voller Deutlichkeit aus, indem sie die Bestimmung der Ausnahmen und Beschränkungen jener Erlaubniß sich selbst vorbehält. Dies bedeutet, daß künftig eine Beschränkung dieser Erlaubniß anders als durch Reichsgesetz oder kraft reichsgesetzlicher Vollmacht mit rechtlich bindender Kraft nicht begründet werden kann.

Landmann will dieses Verbot der Beschränkung auf Verträge, wodurch eine einzelne Person sich einer andern Person dazu verpflichtet, ein bestimmtes Gewerbe, sei es überhaupt, sei es an einem bestimmten Orte, sei es während einer bestimmten Zeit, nicht zu betreiben, nicht ausgedehnt wissen (S. 90).

Mit § 1 der RGO. scheint mir diese Auffassung nicht vereinbar zu sein. Der Vorbehalt der Beschränkungen, welchen die Reichsgewerbeordnung dem Wege der Reichsgesetzgebung gemacht hat, ist ein unbedingter. Der Grundsatz der Gewerbefreiheit will nicht nur gegenüber dem unmittelbar vorher herrschenden polizeilichen Concessionssystem, sondern auch gegenüber dem früheren

Digitized by Google

über dem früheren Zunftsystem, welches durch Verträge und Zunftstatuten die der Zunft nicht Angehörigen vom Gewerbebetriebe ausschloß, Stellung nehmen. Schon daraus ergibt sich, daß der Vorbehalt der Beschränkungen nicht nur gegenüber polizeilichen Verordnungen und Verfügungen wirken soll. Die Bestimmung eines Innungsstatuts, wonach Nichtmitgliedern oder ausscheidenden Mitgliedern der Betrieb von Innungsgewerben verboten sein soll, widerspricht offenbar dem Grundsatze der Gewerbefreiheit. Nicht anders verhält es sich aber mit Verträgen Einzelner, welche ein gleiches Verbot enthalten.

Landmann will die Statthaftigkeit solcher Verträge nur nach allgemeinen Grundsätzen sich bestimmen lassen. Unstatthaft sollen solche Verträge sein, wenn sie contra bonos mores sind. Wie unsicher aber gerade dieser Maßstab ist, das zeigen die beiden von Landmann angeführten Urtheile. Das Reichsoberhandelsgericht erachtete einen Vertrag für unstatthaft, wonach ein Uhrmacher seinem Lehrling untersagte, sich jemals als Uhrmacher niederzulassen. Das preußische Obertribunal dagegen erklärte einen Vertrag für statthaft, wonach Jemand sich verpflichtete, die Betreibung des Mehl- und Grützehandels in einem bestimmten Bezirke zu unterlassen. Mir scheint in beiden Fällen die gute Sitte durch das Concurrenzverbot in der gleichen Weise verletzt zu sein. Jedenfalls aber verstoßen beide Verträge gegen den Grundsatz der Gewerbefreiheit, welcher der freien Concurrenz einen Rechtsschutz verspricht und die Wahrung der öffentlichen Interessen gegenüber Ausschreitungen den gesetzlichen Beschränkungen der Gewerbefreiheit vorbehält.

Um aus den zahllosen Einzelfragen noch eine herauszugreifen, mag die Verjährung der Gewerbegerechtigkeiten hier noch besprochen werden. Auch in dieser Frage berühren sich das private und öffentliche Recht in eigenthümlicher Weise. Landmann erachtet es (S. 96) für zweifelhaft, „ob die Versteuerung einer Realberechtigung das Erlöschen durch Nichtausübung hindere". Mir scheint

Digitized by Google

nicht zweifelhaft, daß diese Frage zu verneinen sei. Durch die Steuerzahlung giebt der Berechtigte nicht wie etwa durch Verpachtung, Verpfändung oder Einlösung zu erkennen, daß er von seinem Rechte Gebrauch mache. Er bezahlt die Steuer nicht, weil er das Recht haben will, sondern er muß die Steuer bezahlen, weil er das Recht hat. Er würde von der Steuerpflicht nicht einmal durch die ausdrückliche Erklärung, sein Recht durch Nichtausübung aufgeben zu wollen, befreit. Die Bedenken Landmann's stützen sich darauf, daß diese Ansicht mit dem Prinzip der Verjährung, wonach durch Nichtausübung des Realgewerberechts die Annahme des Verzichts begründet werde, nicht vereinbar sei. Aus diesem Prinzip folge nämlich mit Nothwendigkeit, daß durch jede Handlung des Berechtigten, welche der Annahme des Verzichts entgegenstehe, das Erlöschen des Rechts ausgeschlossen werden müsse.

Wie gezeigt, steht jedoch die Steuerzahlung der Annahme des Verzichts nicht entgegen. Kreittmayr sagt (Anm. zum bayer. Landrecht Theil V § XXI Eingang und Lit. b), daß die Handwerksgerechtigkeit durch non usus als renunciatio tacita untergehe, „wann solcher 10 Jahre lang dauert, ohne daß man von Erhaltung seines Rechts deutliche Merkmale hierunter giebt". Ein solch deutliches Merkmal ist aber die Steuerzahlung nicht. Sie steht in dieser Beziehung der Duldung polizeilicher Maßnahmen gleich. Wer sie über sich ergehen läßt, gibt damit über seinen Willen zur Erhaltung eines Rechts, das etwa solche Maßnahmen veranlaßte, nichts zu erkennen.

Die Bedenken Landmann's gegenüber einer m. E. richtigen Praxis scheinen mir daher unbegründet.

Ueberall, wo es sich um die Auslegung positiver Bestimmungen der Gewerbeordnung handelt, beweist L. hervorragenden Scharfsinn. Dies zeigt sich insbesondere bei der Bestimmung des Umfangs des polizeilichen Erlaubnißrechts, bei Auslegung der Bestimmungen über Arbeiterschutz, denen in dieser zweiten Auflage

Digitized by Google

besondere Mühe und Sorgfalt zugewendet wurde, und bei vielen anderen Dingen.

Bei Beurtheilung der rechtlichen Natur der Concession schließt sich Landmann der neuerdings mehrfach vertretenen, von Seydel m. E. widerlegten Anschauung an, wonach die Concession dem Gewerbetreibenden ein Recht zum Betriebe des bestimmten Gewerbes verleihe. Sie thut dies so wenig, wie die Ertheilung der polizeilichen Verehelichungsbewilligung ein Recht zum Heirathen gewährt. Die Ertheilung der polizeilichen Gewerbsconcession spricht nur aus, daß von Seiten der Polizei gegen einen bestimmten Gewerbebetrieb durch einen bestimmten Unternehmer für die Dauer der Concession die Frage der Zulassung nicht mehr zu erörtern sei.

Landmann berücksichtigt in seinen Anmerkungen die ganze neuere Litteratur des Gewerberechts in ausgiebigster Weise. Ueber das von ihm S. 1409 ff. gegebene Litteraturverzeichniß hinaus geht er gelegentlich auch noch auf andere allgemeinere Werke und besondere Schriften ein.

Die einschlägige Landesgesetzgebung ist für Preußen, Bayern, Sachsen, Württemberg, Baden und Hessen fast gleichmäßig herangezogen. Auf das bayerische Landesrecht ist nicht mehr in dem Umfange wie in der ersten Auflage besondere Rücksicht genommen. Der Anhang bietet nur mehr einen vollständigen Abdruck der von Reichs wegen erlassenen Vollzugsvorschriften.

Ein Verzeichniß der Nachträge und Berichtigungen, welches der letzten Lieferung des Werks beigegeben ist, trägt besonders zu den früher erschienenen Lieferungen die inzwischen ergangenen Ausführungsvorschriften und Präjudicien paragraphenweise nach.

Ein reichhaltiges und übersichtliches Sachregister erleichtert den praktischen Gebrauch des Buchs.

Im Ganzen verdient das Werk Landmann's das Ansehen, welches sich dasselbe in der ersten Auflage bei der Praxis erworben hat, in vollem Maß. Auch ist es eine sehr beachtenswerthe wissenschaftliche Leistung, indem es durch die Gründlichkeit und

Digitized by Google

Verlässigkeit der Verarbeitung des reichen Stoffs und durch die kritische Sichtung desselben weitere Arbeiten im Gebiete des Verwaltungsrechts zu fördern geeignet ist.

Würzburg, Dezember 1895. Robert Piloty.

8. Dr. T. Bödiker, Präsident des Reichsversicherungsamtes. Die Arbeiterversicherung in den europäischen Staaten. Leipzig, Duncker und Humblot 1895. 352 S.

Das Buch ist eine Fortsetzung zu der Schrift desselben Verfassers, welche im Jahr 1884 unter dem Titel: „Die Unfallgesetzgebung der europäischen Staaten" im 5. Bd. 2. Heft von Schmollers Staats- und socialwissenschaftlichen Forschungen erschien. In der neuen Schrift erstreckt der Verfasser seine Darstellung über die Unfallgesetzgebung hinaus auf die ganze Arbeiterversicherung und verweist an vielen Stellen auf seine früheren Ausführungen. Somit ist das Buch nicht eigentlich eine zweite Auflage, sondern vielmehr eine Ergänzung der früheren Schrift.

Bödiker zeigt hier den Einfluß, welchen die deutsche Gesetzgebung über Arbeiterversicherung auf die Gesetzgebung in den übrigen europäischen Staaten ausgeübt hat. Dieser Einfluß war kein ganz geringer.

In Oesterreich-Ungarn wurde für die im österreichischen Reichsrath vertretenen Länder die obligatorische Unfallversicherung durch Gesetz vom 28. Dezember 1887, die obligatorische Krankenversicherung durch Gesetz vom 30. März 1888, beide im Wesentlichen nach dem deutschen Vorbilde, geregelt. Im Jahre 1891 wurde auch in den Ländern der ungarischen Krone eine obligatorische Krankenversicherung eingerichtet. Die Einführung einer Invaliditäts- und Altersversicherung wurde durch Anträge des böhmischen Landtags und des österreichischen Abgeordnetenhauses angeregt. Ein Entwurf der Regierung liegt noch nicht vor.

Digitized by Google

In der Schweiz wurde auf Antrag des Bundesrathes von der Bundesversammlung und vom Volk im Jahre 1890 ein Verfassungsartikel beschlossen, wonach der Bund erklärt, im Wege der Gesetzgebung die Kranken- und Unfallversicherung unter Berücksichtigung der bestehenden Krankenkassen regeln zu wollen und ermächtigt wird, dies auf der Grundlage des Beitrittszwanges zu thun. Auf Grund dieses Beschlusses hat der schweizerische Bundesrath Gesetzentwürfe über Kranken- und Unfallversicherung ausarbeiten lassen.

In Norwegen erging am 23. Juli 1894 ein Gesetz, welches die obligatorische Unfallversicherung für die industriellen Arbeiter regelt. Die Versicherung beruht auf dem Versicherungszwang. Sie erfolgt in einer staatlich geleiteten Versicherungsanstalt. Die Kosten der Verwaltung trägt der Staat. Die Entschädigungskosten werden durch Beiträge der Arbeitgeber aufgebracht. Das Gesetz ist am 1. Juli 1895 in Kraft getreten.

Dies sind die wirklichen Ergebnisse, zu welchen die fast in allen europäischen Ländern wahrnehmbaren Bestrebungen auf dem Gebiete der obligatorischen Arbeiterversicherung seither geführt haben.

In den meisten Staaten hat man sich bis jetzt damit begnügt, das bestehende private Haftpflichtrecht zu Gunsten der Arbeiter zu verschärfen oder das bestehende Hilfskassenrecht weiter zu entwickeln oder bestehende Kasseneinrichtungen mit staatlichen Zuschüssen auszustatten.

In Frankreich, Italien und Belgien sind unter dem Einfluß der deutschen Gesetzgebung aus den parlamentarischen Versammlungen zahlreiche Anträge und Gesetzentwürfe hervorgegangen, welche die Arbeiterversicherung auf der Grundlage des Versicherungszwangs empfehlen. Zu Ergebnissen haben dieselben noch nicht geführt.

Die übersichtliche Zusammenstellung all dieser Ergebnisse und Versuche ist eine sehr verdienstliche Leistung Bödiker's. Durch seine

Digitized by Google

Wärme für die Sache wird er in den Erwartungen wohl zu hoch getragen, wenn er im Vorwort sagt: „Es scheint, daß die Arbeiterversicherung ihren Lauf siegreich um die Welt nehmen wird, wie die Dampfkraft und die Elektricität es gethan haben. Sie bildet einen integrirenden Theil des Kulturfortschritts der Menschheit."

Bedenkt man die außerordentlichen Verhältnisse und Umstände, welche in Deutschland das Zustandekommen der Arbeiterversicherung begünstigten, und die Mängel, welche diesem Theile des deutschen Verwaltungsrechts noch anhängen, dann wird man dieser etwas hochgespannten Erwartung Bödiker's mit nüchternerem Urtheile gegenüberstehen. Robert Piloty.

9. Cahn, Das Reichsgesetz über die Erwerbung und den Verlust der Reichs- und Staatsangehörigkeit vom 11. Juni 1870. Zweite vermehrte und verbesserte Auflage. Berlin, Guttentag 1896. 544 S.

Es ist ein Zeichen für die große Beliebtheit, deren sich der Cahn'sche Commentar zu dem Gesetz über den Erwerb und den Verlust der Staatsangehörigkeit in der Praxis erfreut, daß binnen sieben Jahren eine zweite Auflage nothwendig geworden ist. Nicht mit Unrecht bezeichnet sich dieselbe als vermehrt und verbessert. Das reiche Material in Gesetzgebung und Rechtsprechung, das während dieser Zeit entstanden ist, hat der Verfasser in erschöpfender Weise benützt und hierdurch den Werth seines Commentars für die Praxis wesentlich erhöht. Weitaus der größere Theil des Werks wird durch den Abdruck der „Anlagen" ausgefüllt, die in der zweiten Auflage eine Darstellung der Indigenatsbestimmungen so ziemlich aller Länder enthalten, die auf die Charakterisirung als „civilisirt" Anspruch erheben können. Was die Ansichten Cahn's bezüglich der zahlreichen Streitfragen betrifft, die sich auf Grund des Gesetzes entwickelt haben, so ist im Großen und Ganzen der in der Verwaltungspraxis des Auswärtigen Amtes bezw. in der preußischen Verwaltungspraxis eingenommene Standpunkt fest-

Digitized by Google

gehalten worden. Dieser Umstand erklärt es, daß in der zweiten Auflage des Commentars der Verfasser sich noch häufiger im Widerspruch mit der Mehrheit der staatsrechtlichen Schriftsteller befindet, als dies bei der ersten Auflage der Fall war. Die Praxis des Auswärtigen Amtes leidet eben bei der Auslegung des in Rede stehenden Gesetzes unzweifelhaft an dem Fehler, daß sie sich von den Traditionen der preußischen Indigenatsgesetzgebung und der in Preußen üblich gewesenen Handhabung derselben nicht frei zu machen vermochte; man scheint immer noch von der Auffassung auszugehen, bei Auslegung des Gesetzes müsse soweit irgend möglich verhütet werden, daß die Zahl der Deutschen, welche ihre Staatsangehörigkeit verlieren, sich vermehre. Dies zeigt sich besonders bei der Stellung des Auswärtigen Amtes zu zwei Auslegungsfragen des § 21, auf welche ich an der Hand der Ausführungen Cahn's näher eingehen will. Es handelt sich zunächst um die Frage, ob der „ununterbrochene" zehnjährige Aufenthalt im Auslande, welcher nach § 21 Absatz 1 die Staatsangehörigkeit erlöschen läßt, durch eine, sei es auch nur ganz vorübergehende Rückkehr, also auch eine Besuchsreise unterbrochen wird? Cahn vertritt auch in der zweiten Auflage die bejahende Ansicht, während die Litteratur so gut wie einstimmig sich zu Gunsten der Verneinung ausgesprochen hat; auch der bayerische Verwaltungsgerichtshof steht auf dem Boden dieser Ansicht, vgl. Reger, Bd. VI S. 102, Bd. XIII S. 74. Es kann Cahn zugegeben werden, daß der Wortlaut die Frage zweifelhaft läßt, hingegen kann ich nicht zugestehen, daß aus den Motiven sich die Richtigkeit der engeren Auslegung ergibt. Juristisch muß zwischen einer Rückkehr, welche mit dem animus revertendi verbunden ist, und einer solchen unterschieden werden, bei welcher dieser animus fehlt, und daraus folgt, daß ein kurzer Besuch oder ein Betreten des Bundesgebietes zu einem vorübergehenden Geschäftszweck die zehnjährige Verjährungsfrist nicht unterbricht. Die Consequenz der Cahn'schen Auslegung würde dahin führen, eine Unterbrechung des Aufenthaltes auch dann anzunehmen, wenn

Digitized by Google

der in Frankreich oder Belgien wohnende Deutsche auf einer Reise nach Wien deutsches Bundesgebiet durchfährt oder sich in diesem nur eine Nacht aufhält. Uebrigens ist auch darauf hinzuweisen, daß in den von deutschen Bundesstaaten mit den Vereinigten Staaten von Amerika abgeschlossenen Verträgen, Cahn, Nr. 522, 523, das Wort „ununterbrochen" stets im juristischen und nicht im körperlichen Sinne verstanden wurde. Ob dem gegenüber das Auswärtige Amt nicht Veranlassung hätte, seine Auffassung zu ändern, dürfte doch sehr zu erwägen sein. Die zweite Frage betrifft den Lauf der zehnjährigen Frist gegenüber Minderjährigen wie überhaupt solchen Personen, die im Sinne des bürgerlichen Rechts nicht dispositionsfähig sind; auch hier vertritt Cahn mit großer Bestimmtheit die Ansicht des Auswärtigen Amtes unter ausführlicher Polemik gegen das Reichsgericht, welches in dem Urtheile vom 4. Februar 1895 die von Laband und Seydel vertheidigte Auslegung gebilligt hat. Ob, wie Cahn annimmt, ein Widerspruch zwischen dieser Entscheidung und dem Erkenntniß des IV. Strafsenates vom 15. Juni 1894 vorhanden ist, welcher eine Entscheidung der vereinigten Strafsenate erforderlich macht, kann dahingestellt bleiben, wenn auch nach meiner Ansicht ein zwingender Grund für diese Annahme nicht vorliegt. Was die Gründe betrifft, welche Cahn gegen die Richtigkeit der oberstrichterlichen Entscheidung anführt, so sind dieselben einmal der Geschichte und Entwickelung der preußischen Indigenatsgesetzgebung entnommen, des Weiteren basiren sie auf dem Rechtscharakter des Verlusts des Indigenats durch zehnjährige Abwesenheit und schließlich suchen sie die praktisch bedenklichen Consequenzen darzuthun, zu welchen die reichsgerichtliche Anschauung führe. Dem gegenüber ist zu bemerken, daß die Grundprinzipien des Reichsgesetzes von denjenigen der preußischen Indigenatsgesetzgebung zu verschieden sind, als daß letztere als authentisches Auslegungsmaterial verwerthet werden könnte, mag man im Uebrigen über den Werth der „Materialien" als Auslegungsmittel so oder anders denken.

Digitized by Google

Anlangend den Rechtscharakter des Verlusts der Staatsangehörigkeit durch zehnjährige Abwesenheit, so ist es irrig, denselben als Verzicht zu bezeichnen, es handelt sich einfach um eine Verjährung, die, wie jede Verjährung, lediglich an die Thatsache des Ablaufs der Zeit geknüpft ist; die Verjährungsfrist läuft aber auch gegenüber Minderjährigen und Geisteskranken nach dem neuesten Recht, vgl. Entwurf des BGB. I. Lesung § 166, II. Lesung § 171 und Motive I S. 318. Was endlich die Erwägung betrifft, daß die Rechtsprechung des Reichsgerichts eine Handhabe zur Umgehung der Militärpflicht biete, so würde dies nur de lege ferenda in Betracht kommen können. Der Richter darf sich selbstverständlich auch dann durch solche Gründe nicht in seiner Auslegung des Gesetzes beirren lassen, wenn die Gefahr, auf welche Cahn hinweist, eine besonders große wäre; ich bin der Meinung, daß dem nicht so ist, auch nicht bezüglich Elsaß-Lothringens. Zu welchen Consequenzen die entgegengesetzte Auslegung in der Praxis führen kann, hat das Reichsgericht am Schlusse seiner Entscheidung hervorgehoben, und ich glaube, daß denselben mindestens ebensoviel Werth beizulegen ist, wie der Möglichkeit, daß in Folge des oberstgerichtlichen Erkenntnisses die Bestrafung wegen Verletzung der Wehrpflicht auf Schwierigkeit stößt!

Ohne Zweifel wird sich der Cahn'sche Commentar auch in der zweiten Auflage sehr rasch als unentbehrliches Hilfsmittel für die Auslegung des Indigenatsgesetzes einbürgern und zu einer vertieften Erörterung sowohl der berührten wie anderer Fragen Anlaß geben. Dr. Fuld.

Digitized by Google

IV.

Zeitschriften-Uebersicht.

Diese Uebersicht umfaßt nachstehende Zeitschriften:

Annalen des Deutschen Reichs, 1895.
Archiv für bürgerliches Recht, IX, X.
Archiv für die civilistische Praxis, LXXXIII—LXXXV.
Archiv für katholisches Kirchenrecht, LXXIII, LXXIV, Heft 1, 2.
Archiv für öffentliches Recht, X.
Archiv für Strafrecht, XLIII.
Archivio giuridico, LIII—LV.
Archivio di diritto pubblico, IV, V.
Blätter für administrative Praxis, XLV.
Deutsche Juristenzeitung, I.
Deutsche Zeitschrift für Kirchenrecht, V, Heft 1, 2.
Gerichtssaal, LI.
Goldschmidt's Zeitschrift für Handelsrecht, NF., XXVII, XXVIII.
Gruchot, Beiträge, XXXIX.
Jahrbücher für die Dogmatik, XXXI—XXXV.
Journal de droit international privé, XXI, XXII.
Juristische Vierteljahrsschrift (Organ des Prager deutschen Juristenvereins), XXVII.
Mittheilungen der Gesellschaft für vergleichende Rechts- und Staatswissenschaft, I.
Nouvelle Revue historique de droit français et étranger, XVIII, XIX.
Rechtsgeleerd Magazijn, XIV.
Revue critique de législation et de jurisprudence, XXIII, XXIV.
Revue du droit public et de la science politique, III, IV.
Révue générale de droit international public, II.
Sächsisches Archiv für bürgerliches Recht, IV, V.
Seuffert's Blätter, LX bezw. Ergänzungsband, XIII.
Tidskrift for Retsvidenskab, VI.
Verwaltungsarchiv, III.
Zeitschrift der Savigny-Stiftung, Germanistische Abtheilung (G.), XV, XVI.
Zeitschrift der Savigny-Stiftung, Romanistische Abtheilung (R.), XV, XVI.
Zeitschrift für deutschen Civilprozeß, XXI.
Zeitschrift für französisches Civilrecht, XXVI.
Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart (Grünhut's Zeitschr.) XXI, XXII.
Zeitschrift für internationales Privat- und Strafrecht, V.
Zeitschrift für die gesammte Staatswissenschaft, XLIX, L, LI.
Zeitschrift für Literatur und Geschichte der Staatswissenschaften, III.
Zeitschrift für die gesammte Strafrechtswissenschaft, XV, XVI.
Zeitschrift für schweizerisches Strafrecht — Révue pénale suisse, VII, VIII.

Digitized by Google

Allgemeine Rechtslehre.

van Ittersum, De verhouding van den rechter tot de wet. Rechtsgeleerd Magazijn XIV, 145.

Thézard, L., Une question sur l'interprétation des lois. Rev. crit. de législ. XXIII, 144.

Gesetzgebung.

1. Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich.

Bekker, E. J., Der Besitz beweglicher Sachen. Nach der zweiten Lesung des Entwufs eines bürgerl. Gesetzbuchs f. d. Deutsche Reich. Jahrbb. f. d. D. XXXIV, 1.

Bingner, Bemerkungen zu dem zweiten Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuchs f. d. Deutsche Reich. Sächs. Arch. f. d. R. u. Pr. IV, 385; V, 77, 593.

Dreyer, Zum Entwurfe eines bürgerl. Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Zweite Lesung. Sächs. Arch. f. d. R. u. Pr. IV, 433.

Fuld, Die Stellung der juristischen Person im zweiten Entwurf eines bürgerl. Gesetzbuchs. Arch. f. d. c. Pr. LXXXV, 134.

Grützmann, Die zweite Lesung des Entwurfs eines deutschen bürgerlichen Gesetzbuchs. Sächs. Arch. f. d. R. u. Pr. IV, 321, 577.

Hruza, Correalobligation und Verwandtes nach der zweiten Lesung des Entwurfs eines bürgerl. Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Sächs. Arch. f. d. R. u. Pr. V, 193, 273, 401.

Hubrich, Das Ehescheidungsrecht im Entwurf II eines bürgerl. Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Arch. f. d. c. Pr. LXXXV, 58.

Jecklin, Der Entwurf eines bürgerl. Gesetzbuchs für das Deutsche Reich in zweiter Lesung (Fortsetzung). Gruchot XXXIX, 88, 374.

Küntzel, Beschlüsse der Commission für die zweite Lesung des Entwurfs eines bürgerl. Gesetzbuchs bei der Revision der zweiten Lesung. Gruchot XXXIX, 698, 837.

Leonhard, Das persönliche Eherecht des Entwurfs eines bürgerl. Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Arch. f. d. R. X, 1.

Ritgen, Der Entwurf eines bürgerl. Gesetzbuchs für das Deutsche Reich in zweiter Lesung (Fortsetzung). Gruchot XXXIX, 626.

Sohm, Ueber den Entwurf eines bürgerl. Gesetzbuchs für das Deutsche Reich in zweiter Lesung. Gruchot XXXIX, 737.

Strohal, Bemerkungen zum Entwurf eines bürgerl. Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Jahrbb. f. d. D. XXXIV, 325.

— — Zur Beurtheilung des Rechtes der Schuldverhältnisse nach der zweiten Lesung des Entwurfs eines bürgerl. Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Jahrbb. f. d. D. XXXIII, 361.

Ubbelohde, Die Befreiung des Schuldners bei Vereitlung der Leistung nach dem Entwurf des bürgerl. Gesetzbuchs in zweiter Lesung §§ 232, 235. Arch. f. d. c. Pr. LXXXV, 118.

Digitized by Google

2. Sonstiges.

Baron, Die Börsenenquete. Arch. f. b. R. IX, 183.

— — Der Entwurf des preuß. Wassergesetzes. Arch. f. d. c. Pr. LXXXIII, 275.

Lobe, Ueber den Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs. Sächs. Arch. f. b. R. u. Pr. V, 59.

Molengraaff, Overzicht van de Engelsche Wetgeving gedurende het jahr 1894. Rechtsgeleerd Magazijn XIV, 487.

Ortloff, Vorschläge zur Revision des Concursrechts. Sächs. Arch. f. b. R. u. Pr. IV, 641.

Rechtsgeschichte.

Appleton, Histoire de la compensation en droit romain. Nouv. Rev. hist. XIX, 478.

Aubert, Nye Bidrag til Christian V.s Lovs Historie. Tidskrift f. R. VIII, 32.

— — F., Le ministère de Saint Louis à François I. Nouv. Rev. hist. XVIII, 487.

Beauchet, L., De la polygamie et du concubinat à Athènes. Nouv. Rev. hist. XIX, 437, 577.

Beaudouin, E., La limitation des fonds de terre dans ses rapports avec le droit de propriété. Nouv. Rev. hist. XVIII, 157, 309.

Bekker, Ueberschau des geschichtl. Entwicklungsganges der Römischen Actionen. Savigny-Ztschr. R. XV, 145.

Bernstein, Zur Lehre vom römischen Voraus. Savigny-Ztschr. R. XV, 26.

Besta, Per la sigla del glossatore Omobono da Cremona. Arch. giur. LIV, 185.

Borch, Frhr. v., Zum sog. Schwabenspiegel. Ztschr. f. d. ges. Staatswiss. XLIX, 284.

Bremer, Zwei Gutachten von Claudius Cantiuncula. Savigny-Ztschr. R. XV, 307.

— — Claudius Catiunculas Gutachten über das Nürnberger Stadtrecht. Savigny-Ztschr. G. XV, 123.

Brünneck, Zur Geschichte des sog. Magdeburger Lehnrechts. Savigny-Ztschr. G. XV, 53.

Brunner, Die Geburt eines lebenden Kindes und das eheliche Vermögensrecht. Savigny-Ztschr. G. XVI, 63.

Cohen, A., Die geschichtliche Entwicklung des Eigenthumsvorbehalts. Grünhut's Ztschr. XXI, 646.

Collinet, P., Testament de G. Longinus Castor (189 ap. J.-C.). Nouv. Rev. hist. XVIII, 573.

— — Deux chartes inédites de Philippe de Beaumanoir (1290—1291). Nouv. Rev. hist. XVIII, 697.

Digitized by Google

Collinet, P., Un atornement du Comte de Bar et de ses vassaux. Nouv. Rev. hist. XIX, 647.

Cuq, E., Recherches sur la possession à Rome sous la république et aux premiers siècles de l'empire. Nouv. Rev. hist. XVIII, 5.

Dareste, R., La Charte de Manre. Nouv. Rev. hist. XVIII, 60.

— — La Charte de Lançon (Ardennes). Nouv. Rev. hist. XVIII, 223.

— — Procès-verbal d'une instance en ouverture de testament (26 ap. J.-C.). Nouv. Rev. hist. XVIII, 583.

— — Les papyrus gréco-égyptiens du musée de Berlin. Nouv. Rev. hist. XVIII, 685.

— — Une prétendue loi de Solon. Nouv. Rev. hist. XIX, 5.

Degenkolb, Johannes Emil Kuntze. Sächs. Arch. f. d. R. u. P. IV, 257.

Diftel, Fürstliche Testamentszeugen. Savigny-Ztschr. G. XVI, 215.

— — Zur Mündigkeit in Sachsen. Savigny-Ztschr. G. XVI, 216.

Dorez, L., Documents concernant le retour définitif de Cujas à Bourges. Nouv. Rev. hist. XIX, 298.

Eisele, Zur querela inofficiosi. Savigny-Ztschr. R. XV, 256.

Ermann, Eine römisch-ägyptische Vormundschaftssache aus dem Jahre 147/48. Savigny-Ztschr. R. XV, 241.

Esmein; A., Nouvelles théories sur les origines féodales. Nouv. Rev. hist. XVIII, 523.

— — Un passage de la Somme rurale de Boutillier. Nouv. Rev. hist. XIX, 48.

d'Espinay, G., L'ancien droit successoral en Basse-Bretagne. Nouv. Rev. hist. XIX, 136, 257.

Ferrini, Storia e teoria del contratto di commodato nel diritto romano (continuazione e fine). Arch. giur. LIII, 41, 257.

— — Le violazioni dei doveri d'ufficio da parte dei pubblici funzionar, e il diritto penale romano. Arch. di dir. pubbl. V, 321.

— — Die jurist. Kenntnisse des Arnobius und des Lactantius. Savigny-Ztschr. R. XV, 343.

Finot, J., Deux chartes communales inédites. Nouv. Rev. hist. XVIII, 589.

Fournier, M., Notes et documents sur les professeurs de droit en France. Nouv. Rev. hist. XIX, 11, 166.

Frommhold, Zur Ueberlieferung des Rügischen Landrechts. Savigny-Ztschr. G. XVI, 1.

Fulci, Il divorzio nella prima epoca del diritto romano. Arch. giur. LIII, 229.

Giannini, Profili storici: J. G. L. Casaregis. Arch. giur. LIII, 508.

Gradenwitz, Zur Rechtssprache. Savigny-Ztschr. R. XVI, 115.

Grupe, Zur Latinität Justinian's. Savigny-Ztschr. R. XV, 327.

— — Die Gaianischen Institutionenfragmente in Justinian's Digesten. Savigny-Ztschr. R. XVI, 300.

Digitized by Google

Guérin, L., Étude sur le fondement juridique des persécutions dirigées contre les chrétiens pendant les deux premiers siècles de notre ère. Nouv. Rev. hist. XIX, 601, 713.

Hagerup, Ihering-Windscheid, En litteraer Karakteristik. Tidskrift for R. VI, 1.

D'Haucour, L'évolution historique du concubinat romain. Nouv. Rev. hist. XVIII, 703.

— — Le mariage de main gauche (d'après le droit prussien du 18e siècle). Rev. crit. de législ. XXIV. 579.

Haupt, Ein oberrheinisches Kolbengericht aus dem Zeitalter Maximilian's I. Savigny-Ztschr. G. XVI, 199.

Hürbin, Eine Ergänzung des Libellus de Cesarea monarchia Peters von Andlau. Savigny-Ztschr. G. XVI, 41.

Hölder, Die Stellung des röm. Erben. Savigny-Ztschr. R. XVI, 221.

Kohler und Liesegang, Entäußerung und zukünftiger Rechtserwerb. Mit besonderer Rücksicht auf ein i. J. 1352 von Kölner Kanonikern erstattetes Gutachten. Zugleich ein Beitrag zum Autorrechte und zur Receptionsgeschichte. Arch. f. b. R. X, 59.

Krüger, H., Die liberatio legata in geschichtl. Entwicklung. Grünhut's Ztschr. XXI, 289.

Krüger, P., Ueber dare actionem und actionem competere in der justinianischen Compilation. Savigny-Ztschr. R. XVI, 1.

Kübler, Ueber die Bedeutung von iudicium und formula bei Cicero und den übrigen Quellen der republikanischen Zeit. Savigny-Ztschr. R. XVI, 137.

Laurain, E., Essai sur les présidiaux. Nouv. Rev. hist. XIX, 355, 522, 738.

Leclère, A., Droit cambodgien. Nouv. Rev. hist. XVIII, 68.

Liebermann, Zur lex Angliorum. Savigny-Ztschr. G. XV, 174.

Meyer, Chr., Ehehaften des Klosters Heidenheim. Savigny-Ztschr. G. XV, 168.

Mommsen, Aegyptische Papyri. Savigny-Ztschr. R. XVI, 181.

— — Zum römischen Grabrecht. Savigny-Ztschr. R. XVI, 203.

v. Pokrowsky, Die actiones in factum des klassischen Rechts. Savigny-Ztschr. R. XVI, 7.

Monnier, H., Études sur le droit byzantin. Nouv. Rev. hist. XVIII, 433; XIX, 59.

Moratti, La legge Osca di Banzia. Arch. giur. LIII, 74.

Morel, Quatre chartes communales du 12e siècle. Nouv. Rev. hist. XIX, 129.

Nitzsch, Die niederdeutschen Verkehrseinrichtungen neben der alten Kaufgilde. Savigny-Ztschr. G. XV, 1.

Patetta, Sui frammenti di diritto germanico della collezione Gaudenziana e della lectio legum. Arch. giur. LIII, 3.

Pélissier, Notes et documents d'histoire d'Italie. Nouv. Rev. hist. XVIII, 366.

Digitized by Google

Rachfahl, Zur Geschichte der Grundherrschaft in Schlesien. Savigny-Ztschr. G. XVI, 108.

Rehme, Die Lübecker Handelsgesellschaften in der ersten Hälfte des 14. Jahrhunderts. Goldschmidt's Ztschr. NF. XXVII, 367.

Riccobono, Interpretazione e critica del fr. 63 D. 24. 1 Paul. lib. III. ad Neratium ed il requisito della furtività nell' actio de tigno iuncto. Arch. giur. LIII, 521; LIV, 265.

Rosmini, Le quaestiones perpetuae nella storia del diritto penale e giudiziario romano. Arch. giur. LIV, 504; LV, 63.

Roth, Die Rechtsgelehrten Hans Jacob und Christian Jacob von Zwierlein (1699—1793). Savigny-Ztschr. R. XVI, 105.

Sacchi, Sulla teoria generale dei Pacta. Arch. giur. LIV, 3.

— — Sul patto commissorio in diritto romano. Arch. giur. LV, 189.

Salvioli, La benedizione nuziale fino al Concilio di Trento, specialmente in riguardo alla pratica e alla dottrina italiana dal secolo XIII al XVI. Arch. giur. LIII, 173.

Saviotti, Il crimen receptatorum nella sua attinenza col diritto penale moderno. Arch. giur. LV, 353.

Schaube, Adolf, Anfänge der Tratte. Goldschmidt's Ztschr. NF. XXVIII, 1.

Schirmer, Weitere Beiträge zur Interpretation von Scävola's Responsen. Savigny-Ztschr. R. XV, 352.

Schröder, Die Eike-von-Repgow-Glocke in Reppichau. Savigny-Ztschr. G. XVI, 214.

v. Schwind, Die Reallastfrage. Eine rechtsgeschichtliche und rechtspolitische Studie. Jahrbb. f. d. D. XXXIII, 1.

Stouff, L., Deux chartes de franchises du Dauphiné. Nouv. rev. hist. XIX, 303.

Strohal, Gustav Demelius. Savigny-Ztschr. R. XV, 1.

Tamassia, Paralipomena odofrediani. Arch. giur. LIV, 369.

— — Le 'ΡΟΠΑΙ in occidente, note per la storia del diritto romano nel medio evo. Arch. giur. LIV, 175.

Wirrer, Die selbständige Entstehung des deutschen Consulats. Ztschr. f. d. ges. Staatsw. L, 483.

Zachariä v. Lingenthal, Aus und zu den Quellen des röm. Rechts. Savigny-Ztschr. R. XV, 365.

Zimmer, Das Mutterrecht der Picten. Savigny-Ztschr. R. XV, 209.

Civilrecht.

Adler, Zur juristischen Construction des Urheberrechts. Arch. f. b. R. X, 104.

— — Die Wirkungen des Rechtsirrthums mit einem Excurs über den Ersitzungstitel. Jahrbb. f. d. D. XXXIII, 149.

Afzelius, De nya nordiska sjölagarne. Några anmärkningar. Tidskrift f. R. VI, 462.

Digitized by Google

D'Amato. Delle così dette servitù d'uso pubblico. Arch. giur. LIII, 405.

Anzilotti. Del legato agnatizio di una rendita in infinito in confronta alla sostituzione fidecommissaria. Arch. giur. LIV, 484.

Appleton, C., Origine historique et interprétation des art. 1293 et 1885 du Code civil. Rev. crit. de législ. XXIV, 417.

Arnò, Di un noto risposo di Papiniano in materia di diritto d'accrescere nella repetitio usus fructus (D. VII. 4 Fr. 3 § 2). Arch. giur. LV, 288.

Arthuys, F., Explication de la loi du 5 nov. 1894 rel. à la création de sociétés de crédit agricole. Rev. crit. de législ. XXIV, 318.

Bauer, Das Vertheilungsverfahren der CPO. und die Pfändungseinträge bei Hypothekforderungen. Seuffert's Bl. LX, 337, 352.

Bergh, Om Gyaeldsstiftelse af Umyndige efter norsk og dansk Ret. Tidskrift f. R. VII, 129.

Berolzheimer, Zur Lehre von der Einkindschaft nach Nürnberger Recht. Seuffert's Bl. EB. XIII, 145.

— — Materiellrechtliche Besonderheiten der Nürnberger Reformation im Gebiete des testamentarischen Erbrechts. Seuffert's Bl. EB. XIII, 191.

— — Die Bürgschaft der Nürnberger Reformation. Seuffert's Bl. EB. XIII, 337.

Beudant, Encore les associations non reconnues. Rev. crit. de législ. XXIV, 314.

Biermann, Die höhere Gewalt im englischen und im französischen Recht. Arch. f. b. R. X, 29.

— — Superficies solo cedit. Jahrbb. f. d. D. XXXIV, 169.

v. Blume, Die Uebertragung des Nießbrauchs. Jahrbb. f. d. D. XXXIV, 281.

Boer, Hypotheckstelsels. Rechtsgeleerd Magazijn XIV, 248.

Bolze, Versicherung imaginären Gewinns auf behaltene Ankunft einer Waare mit einem bestimmten Schiff. Goldschmidt's Ztschr. NF. XXVII, 36.

— — Uebertragung der Ausübung eines Patentrechts. Gruchot XXXIX, 1.

Brenken, Beiträge zur Beurtheilung des Rechtsinstituts der fortgesetzten Gütergemeinschaft nach dem Gesetz v. 16. April 1860 für Westfalen. Gruchot XXXIX, 53.

Brunetti, Il Diritto romano nella giurisprudenza. Arch. giur. LV, 116.

Bülow, Absolute Rechtskraft des Urtheils. Arch. f. d. c. Pr. LXXXIII, 1.

Bunge, Die russische Gesetzgebung in den baltischen Provinzen auf dem Gebiete des Privatrechts. Arch. f. b. R. IX, 1.

Burchardt, Zur Behandlung des Irrthums in der heutigen Praxis und im künftigen Recht. Gruchot XXXIX, 14.

Burzio, La servitus oneris ferendi ed il principio: ‚servitus in faciendo consistere nequit' (contributo allo studio degli oneri reali). Arch. giur. LIV, 315, 526.

Digitized by Google

Castelbolognesi, Le ipoteche convenzionali e giudiziali sui beni delle società commerciali in liquidazione (Art. 203 e 206 Codice commerciale). Arch. giur. LIII, 573.

— — Osservazioni pratiche sul contratto di pegno. Arch. giur. LIV, 401.

Chausse, De l'intérêt d'affection. Rev. crit. de législ. XXIV, 436.

Conrades, Die Compensation von Schulden einer offenen Handelsgesellschaft mit Privatforderungen eines Gesellschafters. Goldschmidt's Ztschr. NF. XXVIII, 52.

Cosack, Kaufgeschäft (Besprechung reichsgerichtl. Entscheidungen). Jahrbb. f. d. D. XXXIV, 386.

Crome, Von der Solidarität aus unerlaubten Handlungen nach den Entscheidungen des Reichsgerichts und dem Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuchs, zugleich ein Beitrag zur Lehre von der Bereicherungsklage. Jahrbb. f. d. D. XXXV, 100.

Czyhlarz, C. v., Zur Lehre vom tignum junctum. Grünhut's Ztschr. XXI, 85.

— — Ueber Eigenthum und Besitz pro diviso an beweglichen Sachen. Grünhut's Ztschr. XXI, 508.

Eck, Gemeines (römisches) Recht, Besprechung reichsgerichtl. Entscheidungen. Jahrbb. f. d. D. XXXV, 284.

Ehrenberg, Doppelversicherung. Jahrbb. f. d. D. XXXIII, 460.

— — Entgeltlichkeit der Handelsgeschäfte (insbes. des Commissionsgeschäfts). Eigenthum und Pfandrecht an Werthpapieren (Besprechung reichsgerichtl. Entscheidungen). Jahrbb. f. d. D. XXXIV, 384.

— — Seerecht mit Einschluß des Seeversicherungsrechts (Besprechung reichsgerichtl. Entscheidungen). Jahrbb. f. d. D. XXXIV, 391.

Eisele, Ueber die Haftung des einen Correalschuldners für culpa und mora des andern. Arch. f. d. c. P. LXXXIV, 295.

— — Die Haftung des Mandanten für Schaden des Mandatars. Arch. f. d. c. P. LXXXIV, 319.

— — Ueber Theilung beweglicher Sachen. Arch. f. d. c. P. LXXXIV, 305.

Engelmann, Zur Lehre von der Vaterschaftsvermuthung nach bayer. Landrecht. Seuffert's Bl. LX, 209.

Frese, Die Verpflichtung des Vormunds zu jährlicher Rechnungslegung. Sächs. Arch. f. d. R. u. P. IV, 537.

Friedberg, E., Das persönliche Eherecht des I. u. II. Entw. eines b. GB.'s f. d. D. R. Comparativ zusammengestellt und glossirt. D. Ztschr. f. KR. V, 359.

Friedrichs, Die Werthangabe im heutigen Frachtverkehr mit Ausschluß des Eisenbahn- und Postverkehrs. Arch. f. d. R. IX, 122.

Fuld, L., Ist die Zahlung der Versicherungsprämie nach französischem Recht eine Hol- oder Bringschuld? Ztschr. f. fr. CR. XXV, 371.

— — Das Gesetz über die Waarenbezeichnungen. Annalen d. D. R. 1895, 413.

Digitized by Google

Fuld, L., Streitfragen aus dem Gesetze über die Abzahlungsgeschäfte. Gruchot XXXIX, 564.

Gabrielsen, Meddelelser om Forandring i den norske Bevillingspraxis i Skilsmissesager. Tidskrift f. R. VII, 70.

Gierke, Das Recht der Einzelpersönlichkeit (Besprechung reichsgerichtlicher Entscheidungen). Jahrbb. f. d. D. XXXV, 137.

— — Das Recht der Verbandspersönlichkeit (Besprechung reichsgerichtl. Entscheidungen). Jahrbb. f. d. D. XXXV, 169.

— — Lehnrecht und Recht der Haus- und Stammgüter. (Besprechung reichsgerichtlicher Entscheidungen.) Jahrbb. f. d. D. XXXV, 261.

De la Grasserie, R., Des conditions et des effets de la solidarité entre débiteurs. Rev. crit. de législ. XXIII, 595.

— — de l'effet rétroactif du partage. Rev. crit. de législ. XXIV, 629.

Grimm, Traditio brevi manu und constitutum possessorium im preuß. Recht. Gruchot XXXIX, 42.

Grünhut, Die Wechselvervielfältigung. Grünhut's Ztschr. XXI, 1.

Hagerup, Til Obligationsrettens almindelige Del. Tidskrift f. R. VII, 32.

Hammarskjöld, Nagra Anmaerkingar om köp, leveransaftal och arbetsbeting. Tidskrift f. R. VI, 102.

— — En tvistefråga i läran om vexelindossament. Tidskrift f. R. VI, 301.

Hangen, Verhältniß des Code civil zu Art. 368, 376, 377 des HGB.'s. Ztschr. f. fr. CR. XXV, 556.

— — Zur Frage, ob in Handelssachen mündliche Mahnung genügt oder briefliche Inverzugsetzung erforderlich ist? Ztschr. f. fr. CR. XXVI, 177.

Hartmann, Die liberatorischen Verträge und ihr Rechtsgrund. Arch. f. d. c. P. LXXXV, 1.

Heckscher, Nye Bidrag til Bedommelsen af Spekulationskontrakters Retsgyldighed. Tidskrift f. R. VIII, 197.

Hellmann, Können Feststellungsklagen verjähren? Arch. f. d. c. P. LXXXIV, 130.

Henle, Schutz des guten Glaubens bei der Pfändung von Hypothekforderungen. Seuffert's Bl. LX, 113.

Hergenhahn, Ein Fusionsvertrag zwischen einer Aktiengesellschaft und einer offenen Handelsgesellschaft. Arch. f. d. R. IX, 46.

— — Die Commanditgesellschaft auf Aktien, insbesondere ihre Entstehungsgeschichte, rechtliche und wirthschaftliche Natur. Goldschmidt's Ztschr. NF. XXVII, 69.

Hommel, Das Verschweigen von Mängeln bei Viehveräußerungen. Seuffert's Bl. EB. XIII, 369, 385.

Hypothekenrechtliche Fragen. Seuffert's Bl. EB. XIII, 117, 135, 257, 273.

Jacobi, Leonhard, Versprechen und Vertrag. Ein Beitrag zur Begriffslehre des deutschen bürgerlichen Rechtes. Jahrbb. f. d. D. XXXV, 1.

Digitized by Google

Jacques, F., De la propriété et des servitudes rurales d'après la loi de 1791. Rev. crit. de législ. XXIII, 101, 153.

Jäger, Zur Lehre vom Miethpfandrechte mit besonderer Berücksichtigung der Untermiethe. Ztschr. f. fr. CR. XXVI, 553, 684.

Jannacone, Il contratto di lavoro. Arch. giur. LIII, 111.

Kipp, Körperschaftliche Rechtsverhältnisse (Besprechung reichsgerichtlicher Entscheidungen). Jahrbb. f. d. D. XXXV, 319.

Klöppel, Urheberrecht. (Marken-, Patent- und Musterschutz, Besprechung reichsgerichtl. Entscheidungen.) Jahrbb. f. d. D. XXXIV, 443.

Kober, Ueber Hypothekenamortisation. Seuffert's Bl. EB. XIII, 81, 96.

Kößler, Jus offerendi und Correalhypothek. Gruchot XXXIX, 206.

Kohler, Das Recht der Kunstwerke und Alterthümer. Arch. f. b. R. IX, 56.

— — Zur Construction des Urheberrechts. Arch. f. b. R. X, 241.

— — Beiträge zum Arbeitsvertrag des modernen Rechts. Arch. f. d. c. P. LXXXIV, 1.

— — Das Recht an Fahrtenbüchern. Arch. f. d. c. P. LXXXV, 98.

Kornitzer, Zur Theorie d. österreich. Nachbarrechts. Grünhut's Ztschr. XXII, 625.

Krasnopolski, Zur Auslegung des § 63 des österr. a. b. GB. (impedimentum ordinis). Arch. f. kath. KR. LXXIII, 456. LXXIV, 297.

— — Zur Lehre von den Verträgen zu Gunsten Dritter nach österr. Recht. Grünhut's Ztschr. XXII, 577.

Krische, Der Rechtsbegriff des öffentlichen Wasserlaufs nach sächsischem Rechte. Sächs. Arch. f. b. R. u. P. V, 465.

v. Lang, Die Wirkungen der fiduciarischen Geschäfte. Arch. f. d. c. P. LXXXIII, 336.

— — Zum Begriff des contrarius consensus. Arch. f. b. R. X, 287.

Lassen, Om Mangler ved Saelgerens Ydelse i Varehandelen efter dansk Ret. Tidskrift f. R. VI, 401.

— — Berigelseskravet efter Nordisk Vexellovs § 93. Tidskrift f. R. VII, 269.

Leeb, Privatrechtliche Stellung des Redakteurs. Seufferts Bl. EB. XIII, 113.

— — Können Handelsgesellschaften Mitglieder einer offenen Handelsgesellschaft sein? Seuffert's Bl. EB. XIII, 305.

Lehmann, Gründungsmängel und Eintragung der Aktiengesellschaft. Jahrbb. f. d. D. XXXIII, 389.

— — Einzelrecht und Mehrheitswille in der Aktiengesellschaft. Arch. f. b. R. IX, 297.

— — Die wechselrechtlichen Erkenntnisse des Reichsgerichts in Band XVIII—XXXIII der „Entscheidungen". Jahrbb. f. d. D. XXXIV, 400.

Leist, G. A., Die Differenzansprüche aus Börsengeschäften. Arch. f. d. c. P. LXXXIII, 153.

Lötzsch, Zu § 1731 des sächs. bürgerl. Gesetzbuchs. Sächs. Arch. f. b. R. u. P. IV, 447.

Digitized by Google

Lordi, Della sicurtà o fideiussione data dalla moglie per una obbligazione del marito con la sola autorizzazione del marito istesso, e della obbligazione solidale contratta dalla moglie insieme al marito senza l'autorizzazione del tribunale civile. Arch. giur. LV, 161.

Lotmar, Die Vertheilung der Dosfrüchte nach Auflösung der Ehe. Jahrbb. f. d. D. XXXIII, 225.

Männer, Theilungsklage. Ztschr. f. fr. CR. XXV, 163.

Marchi, La publicità dei trapassi riguardanti gli immobili, considerata dall' aspetto economico e morale. Arch. giur. LIII, 544.

Martinius, Wird nach preuß. Rechte eine für den Fall nicht pünktlicher Zinszahlung verabredete Conventionalstrafe von dem Zinseszinsverbote des § 818 Th. I, Tit. 11, ALR. betroffen? Gruchot XXXIX, 542.

Maschke, Die Haftung des Mandanten für den dem Mandatar bei Ausführung des Auftrags erwachsenen Schaden. Arch. f. d. c. P. LXXXV, 123.

Melly, Erörterungen aus dem Urheberrecht. Sächs. Arch. f. d. R. u. P. IV, 513.

— — Die Uebersendungspflicht des Verkäufers. Sächs. Arch. f. d. R. u. P. V, 5.

Merfeld, Die Goldklausel bei Hypotheken- und Grundschulden. Gruchot XXXIX, 574.

Molengraaff, Opmerkingen over het voorstel van wet van den heer Hartogh tot wyziging van het Wetbock von Burgerlyke Rechtsvordering. Rechtsgeleerd Magazijn XIV, 95.

— — Oude en nieuwe wockerwetten. Rechtsgeleerd Magazijn XIV, 356.

Montan, Om konkursdoms rättskraft utom konkursen samt dermed sammanhängande spörsmål. Tidskrift f. R. VII, 306.

Morand, Du rôle de la transcription dans la prescription décennale de l'hypothèque. Rev. crit. de législ. XXIII, 536.

Neubauer, Beiträge zum Familienrecht. 1) Aktiv- und Passivlegitimation der Ehefrau bei Verwaltungsgemeinschaft nach preuß. ALR. 2) Zur Lehre von der Alimentation nach preuß. ALR. Arch. f. d. R. X, 115, 149.

Niemeyer, Ueber Eigenthumserwerb an Geld durch Vermischung. Goldschmidt's Ztschr. NF. XXVII, 20.

Oertmann, Rechtsgrundsätze des Reichsgerichts in systemat. Darstellung. Arch. f. d. R. IX, 135.

— — Civilistische Rundschau. Arch. f. d. R. IX, 397; X, 295.

— — Separation und Absonderung. Jahrbb. f. d. D. XXXIV, 82.

Ofner, J., Zur Lehre von der Ersatzpflicht des Verbotswerbers nach österreich. Recht. Grünhut's Ztschr. XXI, 517.

Opet, Beiträge zum Aufführungsrecht. Arch. f. d. c. Pr. LXXXIV, 151.

Opitz, Ueber das Anerbenrecht (Gutachten). Sächs. Arch. f. d. R. u. P. IV, 522.

Digitized by Google

Perozzi, Il divieto d'atti di emulazione e il regime Giustinianeo delle acque private. Arch. giur. LIII, 350.

Petrazycki, Zur Lehre von der Vertheilung der Dotalfrüchte nach Auflösung der Ehe. Jahrbb. f. d. D. XXXIII, 448.

Petscheck, Ueber Eigenthum an Briefen nach heutigem gemeinen Recht. Arch. f. d. R. IX, 85.

Pfizer, Commissionsgeschäft. Bedenklicher Fall von Weiterbegebung einer Verkaufscommission. Goldschmidt's Ztschr. NF. XXVII, 96.

Pflüger, Die Vollstreckungspfändung, ein Prüfstein der Dinglichkeit. Arch. f. d. c. Pr. LXXXIII, 352.

Rausnitz, Das Recht an den öffentlichen Flüssen nach dem preuß. allg. Landrecht. Gruchot XXXIX, 525.

Regelsberger, Entziehbare und unentziehbare Rechte der Mitglieder einer Corporation. Seuffert's Bl. LX, 1.

— — Die Abtretung des Vorzugsrechts an einer Hypothek. Seuffert's Bl. LX, 177.

Riesebieter, Die provisorische Einweisung des testamentarischen Erben in den Besitz der Erbschaft nach gemeinem Recht. Jahrbb. f. d. D. XXXIV, 103.

Riesenfeld, Der Gruben-Collectivvorstand. Ein Beitrag zur Lehre von der Vertretung der Gewerkschaft. Gruchot XXXIX, 774.

Ring, Handelsrechtliche Literatur. Arch. f. d. R. X, 345.

Sander, Nogle Bemaerkninger om Beskyttelse for derivative Erhvervelser af Haandskriftskrav imod Skyldner ens Betaling til en tidligere Berettiget. Tidskrift f. R. VII, 212.

Sant 'Angelo Spoto, Il fidecommesso democratico. — Note critiche alla proposta dell' on. Pandolfi per la istituzione dei ‚Beni di famiglia'. Arch. giur. LIII, 459.

Schanze, Erfindung, Erfindungsgegenstand und Erfindungsidee. Herstellung des Erfindungsgegenstandes und Nachbildung des Gebrauchsmusters. Gruchot XXXIX, 497.

— — Was ist unter gewerbsmäßiger Benutzung einer Erfindung zu verstehen? Sächs. Arch. f. d. R. u. P. V, 508, 630.

Scheel, Om Erstatning for ikke okonomisk Skade. Tidskrift f. R. VI, 432.

Schelcher, Enteignung und Entschädigung. Sächs. Arch. f. d. R. u. P. IV, 72.

Scherer, Beweislast im Falle eines behaupteten Handgeschenks. Ztschr. f. fr. CR. XXV, 702.

Schirmer, Beiträge zur Interpretation von Scävola's Responsen. Arch. f. d. c. Pr. LXXXIV, 32.

Schloßmann, De in rem verso. Jahrbb. f. d. D. XXXV, 78.

— — Unter welchen Voraussetzungen erwirbt der Mandatar Eigenthum an dem ihm vom Mandanten zur Ausführung des Auftrags übergebenen Geld? Goldschmidt's Ztschr. NF. XXVIII, 515.

Digitized by Google

Schneider, Ueber die vis major und das Haftungsprinzip des römischen Obligationenrechts. Goldschmidt's Ztschr. NF. XXIX, 75.

Schröder, Eheliches Güterrecht (Besprechung reichsgerichtlicher Entscheidungen). Jahrbb. f. d. D. XXXV, 254.

Seuffert L., Der Beweis des Oralfideicommisses (Besprechung reichsgerichtl. Entscheidungen). Jahrbb. f. d. D. XXXIV, 484.

Seydel, Emanuel, Ueber die Privatrechtsfähigkeit der Ordensgeistlichen und die Zulassung derselben zur Eintragung in das Genossenschaftsregister. Arch. f. kath. KR. LXXIV, 100.

Sieveking, Der Art. 376 des Allgem. deutschen Handelsgesetzbuchs und der Entwurf eines Börsengesetzes. Goldschmidt's Ztschr. NF. XXIX, 1.

Soulié, J., De la date de la dissolution du mariage par le divorce. Rev. crit. de législ. XXIV, 252.

Sraffa, Giurisprudenza controversa sulle società commerciali e sui fallimenti. Arch. giur. LIII, 310.

Staub, Handelspersonen, Handelsgesellschaften, Makler und Agenten, (Besprechung reichsgerichtl. Entscheidungen). Jahrbb. f. d. D. XXXIV, 378.

Sterio, Delle donazioni trai coniugi. Arch. giur. LV, 3.

Stoop, De rechten van den arbeider bij collectieve vezekering tegen ongelukken. Rechtsgeleerd Magazijn XIV, 580.

Torp, C., Om Overdragelse af individuelt bestemte Løsøregenstande. Tidskrift f. R. VII, 1.

Triepel, Die gegenwärtige Bedeutung der §§ 138, 1462, 1838 f. des (sächs.) bürgerl. Gesetzbuchs. Sächs. Arch. f. d. R. u. P. V, 322.

Unger, Handeln auf fremde Gefahr. Jahrbb. f. d. D. XXXIII, 299.

Ussing, Endnu lidt om Løsøresverdragelse. Tidskrift f. R. VI, 338.

Vareilles-Sommières, le Comte de, le droit de posséder des associations non reconnues. Rev. crit. de législ. XXIV, 232.

Wahl, A., De la situation des créanciers héréditaires dépourvus de titre, au point de vue de la séparation des patrimoines. Rev. crit. de législ. XXVI, 657.

Weber, Max, Die Ergebnisse der deutschen Börsenenquete. Goldschmidt's Ztschr. NF. XXVIII, 83, 457; XXIX, 1.

Wulff, Bezieht sich der Art. 25 Abs. 2 d. HGB. auch auf nicht eingetragene Firmen? Goldschmidt's Ztschr. NF. XXVII, 1.

Zéglicki, L., Du caractère distinctif des trois actions possessoires: complainte, réintégrande et dénonciation de nouvel oeuvre. Rev. crit. de législ. XXIII, 173.

Zoll, Fr., Privatrechtliche Studien aus dem Patentrechte, mit vornehmlicher Berücksichtigung des österr. Rechts. Grünhut's Ztschr. XXI, 533, 641.

Digitized by Google

Gerichtsverfassung.

Appert, La réforme judiciaire en Cochinchine. Rev. d. droit publ. III, 468.

Bozi, Zur Kritik des Gerichtsverfassungsgesetzes. Arch. f. öff. Recht X, 219.

Dubois, J., Les institutions judiciaires de la Russie. Nouv. Rev. hist. XIX, 210.

Friedländer, Das Verfahren auf Entsetzung von Mitgliedern der Gewerbegerichte gemäß § 19 Abs. 2 des RG. vom 29. Juli 1890. Arch. f. öff. R. X, 527.

Glasson, La justice en Angleterre et en France. Rev. d. droit publ. III, 40.

Hofmann, A., Zuständigkeit der Gewerbegerichte. Bl. f. adm. Pr. XLV, 353.

Rousul, Du traitement des membres des conseils de prud'hommes. Rev. d. droit. publ. III, 69.

Schmidt, Zu § 10 des GVG. und § 21 des sächs. Ausf.-Ges. dazu vom 1. März 1879. Sächs. Arch. f. d. R. u. Pr. V, 1.

v. Weinrich, Die geplante Umgestaltung der Advokatur in Belgien. Ztschr. f. fr. CR. XXVI, 354.

Civilprozeß.

Auerbach, Ueber Ladung ohne Terminsnotiz nach der Civilprozeßordnung. Ztschr. f. d. Civ. Pr. XXI, 288.

Bolze, Zur Reform des Rechtsmittels der Revision. Arch. f. d. c. Pr. LXXXIV, 358.

Bonschab, Zur Auslegung des Art. 2 des Bayr. Ausf.Ges. zur CPO. Seuffert's Bl. LX, 385.

Delius, Die Kostenfestsetzung auf Grund eines Schiedsspruches. Gruchot XXXIX, 831.

Erler, die Kostenvorschußpflicht, die Kostensicherheitspflicht und das Armenrecht der Ausländer nach den Handelsverträgen des Deutschen Reichs. Ztschr. f. d. Civ. Pr. XXI, 259.

Fischer, Zur prozessualen Behandlung des beneficium competentiae (Besprechung reichsgerichtl. Entscheidungen). Jahrbb. f. d. D. XXXIV, 459.

Frese, Der Richter als Vertrauensmann. Sächs. Arch. f. d. R. u. Pr. IV, 266.

Frey, Zu § 757 Abs. 1 CPO. Sächs. Arch. f. d. R. u. Pr. IV, 673.

— — Verfahren des Vollstreckungsgerichts bei Einwendungen gegen Vollstreckungsmaßregeln des Gerichtsvollziehers. Sächs. Arch. f. d. R. u. Pr. V, 422.

Grisebach, Ueber die Berücksichtigung der Aussage eines nachträglich Partei gewordenen Zeugen. Ztschr. f. d. Civ. Pr. XXI, 41.

Digitized by Google

Heinichen, Es ist eine Abänderung des § 558 al. 2 der CPO. anzustreben, insofern daselbst die Eideszuschiebung für ein im Urkunden- und Wechselprozeß zulässiges Beweismittel für Einwendungen des Beklagten erklärt wird. Arch. f. d. c. Pr. LXXXV, 154.

Hergenhahn, Die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung von Nothfristen. Gruchot XXXIX, 332.

Hubrich, Die Tragweite des preuß. Ausf.-Ges. z. deutschen Gebührenordnung für Rechtsanwälte v. 2. Februar 1880. Gruchot XXXIX, 815.

Kaiser, Die Zwangsvollstreckung in das literarische und artistische Urheberrecht. Ztschr. f. d. Civ. Pr. XXI, 201.

Keibel, Pfändungsbenachrichtigung und Arrest. Ztschr. f. d. Civ. Pr. XXI, 68.

— — Zur Lehre vom Versäumnißurtheil. Seuffert's Bl. EB. XIII, 161, 175.

Keller, Antragsrecht, Schweigepflicht und Schweigerecht. Ztschr. f. fr. CR. XXVI, 161.

Lessing, Das Verfahren bei Abnahme des Offenbarungseides. Sächs. Arch. f. b. R. u. Pr. IV, 158.

Lobe, Die Bevormundung wegen Geistesschwäche nach sächs. Rechte und ihr Verhältniß zum Entmündigungsverfahren. Sächs. Arch. f. b. R. u. Pr. IV, 65.

— — Ueber das zeitliche Verhältniß zwischen dem Bestreiten und Verweigern der Pflicht zur Leistung des Offenbarungseides. CPO. § 781 Abs. 2 u. § 782. Sächs. Arch. f. b. R. u. Pr. V, 117.

Meyer, Ist auf die Klage einzugehen, wenn eine in Höhe der Klageforderung zur Compensation gestellte Gegenforderung begründet und liquid ist? Arch. f. d. c. Pr. LXXXV, 148.

Mugdan, Zur Auslegung der §§ 688, 689 der CPO. Gruchot XXXIX, 363.

Neubauer, Erforderniß einer schriftlichen Prozeßvollmacht, auch im Anwaltsprozesse, zu Anträgen, die dem Anwaltszwange nicht unterliegen. Ztschr. f. d. Civ. Pr. XXI, 57.

— — Das schiedsrichterliche Verfahren der Civilprozeßordnung. Ztschr. f. d. Civ. Pr. XXI, 322.

Neumann, Technik und Oekonomie der Grundbuchführung. Gruchot XXXIX, 259.

Paschke, Ueber Zwangsvollstreckung aus bestätigten Auseinandersetzungsrezessen ꝛc. Gruchot XXXIX, 610.

Petersen, Die Entwürfe zu einer Civilprozeßordnung für Oesterreich und zu den dazu gehörigen Nebengesetzen. Sächs. Arch. f. b. R. u. Pr. IV, 1.

— — Eidliche Vernehmung der Parteien oder Parteieid. Sächs. Arch. f. b. R. u. P. IV, 129.

Pflüger, Die Vollstreckungspfändung als Prüfstein der Dinglichkeit. Arch. f. d. c. Pr. LXXXIII, 352.

Digitized by Google

Pollak, R., Form und Rechtskraft des Civilurtheiles. Grünhut's Ztschr. XXII, 489.

Raddatz, Kostenerstattungsanspruch des für die arme Partei bestellten Rechtsanwalts und Gerichtsvollziehers. Gruchot XXXIX, 289.

Reinhold, Ueber den Begriff einer Rechtsverletzung als Voraussetzung des Klagerechts. Ztschr. f. d. Civ. Pr. XXI, 1.

Rothenberg, Darf der Erwerber eines Grundstücks der auf § 41 EEG. gestützten persönl. Klage des Hypothekengläubigers Einreden aus dem Kaufvertrage entgegensetzen? Gruchot XXXIX, 766.

Rutz, Arrestirung und Pfändung von Postsendungen, insbes. von Postanweisungen. Unverletzlichkeit des Briefgeheimnisses. Seuffert's Bl. LX, 33, 49, 65, 81, 225.

Schultze, A. S., Zur Lehre vom Urkundenbeweise. Grünhut's Ztschr. XXII, 70.

Seuffert, L., Prozeßrechtliche Einwendungen des Rechtsnachfolgers (Besprechung reichsgerichtl. Entscheidungen). Jahrbb. f. d. D. XXXIV, 476.

Thiele, Die Widerspruchsklage des § 690 der Civilprozeßordnung in Theorie und Praxis. Arch. f. d. c. Pr. LXXXIV, 50.

— — Zur Lehre von der Prozeßfähigkeit, der gesetzlichen Vertretung und der Prozeßlegitimation. Gruchot XXXIX, 601.

Thomle, Om Virkningerne af, at skriftligt Bevis, utstedt for Pengsgjaeld, er gaaet til Grunde. Tidskrift f. R. VIII, 87.

Tränkner, Ueber das Zwangsvollstreckungsverfahren wegen Leistung eines bürgerlich-rechtlichen Offenbarungseides. Welches Gericht ist zur Abnahme des Eides zuständig? Sächs. Arch. f. d. R. u. P. V, 214.

Trutter, Die österreich. civilprozessualen Gesetzentwürfe. Grünhut's Ztschr. XXII, 175.

Trygger, Skiljeaftal och Skiljemannaförfarande enligt svensk rätt. Tidskrift f. R. VIII, 1, 241.

Voß, Forderungspfändung und Widerspruchsklage. Arch. f. d. c. Pr. LXXXIII, 369.

Strafrecht.

Bartholomäus, Beleidigung eines Beamten in Beziehung auf seinen Beruf. Krit. Bem. zu dem Urtheil des Reichsgerichts v. 5. Juli 1894. Ztschr. f. d. ges. Strafrw. XVI, 142.

Birkmeyer, Die Strafgesetzgebung der Gegenwart in rechtsvergleichender Darstellung. Zeitschr. f. d. ges. Strafrw. XVI, 95.

Bozi, Unterliegen die mit Drahtbügel verschlossenen Flaschen der Aichungspflicht. Archiv f. Strafr. XLIII, 100.

v. Buri, Bemerkungen zu der Abhandlung von Dr. Gustav Müller in München. Das Causalitätsproblem im Strafrecht (Gerichtssaal 1894, 241—340). Gerichtssaal LI, 62.

Digitized by Google

v. Buri, Die Verantwortlichkeit des Redakteurs nach den §§ 20, 21 des Preßgesetzes. Ztschr. f. d. ges. Strafrw. XVI, 48.

Braun, Die Arbeitsprämien der Gefangenen. Ztschr. f. d. ges. Strafrw. XV, 598.

Camous, L'espionnage dans la législation pénale italienne. J. d. d. i. p. XXII, 282.

Castori, Rivista di giurisprudenza penale. Arch. giur. LIV, 579.

Champcommunal, J., Étude critique de législation comparée sur la tentative. Rev. crit. de législ. XXIV, 41, 94.

Chesney, F., Circonstances atténuantes, excuses et faits justificatifs. Rev. crit. de législ. XXIII, 284.

Dörr, Die rechtswidrige Hebung fremder Sparguthaben. Gerichtssaal LII, 1.

Engelen, de verwaarloosde jeugd en de jeugdige misdadigers. Rechtsgeleerd Magazijn XIV, 396.

Gautier, Les nouvelles lois tessinoises sur l'organisation judiciaire et la procédure en matière pénale. Ztschr. f. schweizer. Strafr. (Révue pénale suisse) VIII, 255.

— — Deux projets. La réforme pénale en France et en Suisse. Ztschr. f. schweizer. Strafrecht (Révue pénale suisse) VII, 44.

Groß, Das Criminalmuseum in Graz. Ztschr. f. d. ges. Strafrw. XVI, 74.

Haupt, Beiträge zu der Lehre von der Theilnahme. Ztschr. f. d. ges. Strafrw. XV, 202, 569.

Högel, Hugo, Die Criminalanthropologie. Gerichtssaal LI, 321.

— — Die wissenschaftliche Rückfallstatistik. Archiv f. Strafr. XLIII, 12.

Horn, Wille und Willensmacht. Gerichtssaal XLI, 1.

— — Die Bedeutung des Willens für die Strafrechtstheorie. Ebenda 151.

— — Die empirische Natur des Willens. Ebenda 257.

Hüpeden, Bemerkungen zu v. Krafft-Ebing's „Der Conträrsexuale vor dem Strafrichter". Gerichtssaal LI, 440.

Just, Die Erschleichung der Begnadigung. Ztschr. f. d. ges. Strafrw. XV, 855.

Kobler, Fr., Zu § 367 Ziff. 11 des RStGB.'s. Bl. f. adm. Pr. XLV, 313.

Lammasch, Die Aufgabe der Strafrechtspflege. Ztschr. f. d. ges. Strafrw. XV, 633.

Lebig, Das moralische Irresein (moral insanity), eine Betrachtung zu § 51 d. StGB.'s. Gerichtssaal LI, 45.

Lenz, Der Anarchismus und das Strafrecht. Ztschr. f. d. ges. Strafrw. XVI, 1.

v. Lilienthal, Der Stoos'sche Entwurf eines schweiz. StGB.'s. Ztschr. f. d. ges. Strafrw. XV, 97, 266.

Merkel, Ueber Herrn Thurneysens Kritik des Vorentwurfs zu einem schweizerischen StGB. Ztschr. f. schweizer. Strafrecht. (Révue pénale suisse) VII, 1.

Digitized by Google

Merz, Aargauische Strafrechtsquellen. Ztschr. f. schweizer. Strafr. (Révue pénale suisse) VII, 199.

Meves, Das Freizeichen und seine Bedeutung im Sinne des Ges. v. 12. Mai 1894. Archiv f. Strafr. XLIII, 1.

Meyer v. Schauensee, Strafzumessung und Strafmilderung nach dem Vorentwurfe zu einem schweizer. StGB. Ztschr. f. schweizer. Strafr. (Révue pénale suisse) VII, 138.

Mittermaier, Der fünfte internationale Gefängnißcongreß zu Paris. Archiv f. Strafr. XLIII, 104.

Olrik, Om Sondringer indenfor Forbryderne, med saerligt Hensyn til Modsaetningen mellem Lejligheds-og Vane forbrydere. Tidskrift f. R. VI, 27, 153.

Ortloff, Der Kampf um die staats- und prozeßrechtliche Stellung der Staatsanwaltschaft im deutschen Reichstage 1876. Grünhut's Ztschr. XXIII, 1.

Quitzke, Der Schutz der Waarenbezeichnungen auf Grund des Ges. vom 12. Mai 1894. Arch. f. öff. Recht X, 289.

Schiffer, Zur Lehre vom Glücksspiel. Gerichtssaal LI, 184.

Schneider, Die Autorität der reichsgerichtlichen Entscheidungen in Strafsachen. Ztschr. f. d. ges. Strafrw. XV, 182.

Seipke, Zum Thatbestand des § 346 des StGB.'s. Archiv f. Strafr. XLIII, 96.

Seuffert, Hermann, Uebersicht über die Strafgesetzgebung des Deutschen Reiches im Jahre 1894. Ztschr. f. d. ges. Strafrw. XV, 807.

Sládecek, Ueber die Immunität der parlamentarischen Reden und der parlamentarischen Berichterstattung. Ztschr. f. d. ges. Strafrw. XVI, 127.

v. Speyr, Wie ist die Zurechnungsfähigkeit in einem schweizer. StGB. zu bestimmen? Ztschr. f. schweizer. Strafr. (Révue pénale suisse) VII, 183.

v. Stebelski, Die Handhabung der Strafprozeßordnung in Oesterreich. Ztschr. f. d. ges. Strafrw. XV, 616.

Stoos, Controversen des Bernischen Strafrechts. Ztschr. f. schweizer. Strafr. (Revue pénale suisse) VIII, 307.

— — Die Naturalverpflegung in der Schweiz. Ztschr. f. schweizer. Strafr. (Révue pénale suisse) VIII, 331.

— — Das Bundesstrafrecht in seinem Verhältnisse zu der eidgenössischen Specialstrafgesetzgebung. Ztschr. f. schweizer. Strafr. (Révue pénale suisse) VIII, 249.

— — Thurneysen's Bedenken gegen den Vorentwurf zu einem schweizer. StGB. Ztschr. f. schweizer. Strafr. (Révue pénale suisse) VII, 173.

— — Ist der ärztliche Zweck das gewohnheitsrechtliche Fundament zum ärztlichen Eingriff? Ebenda 192.

Digitized by Google

Stoos, Was ist Criminalpolitik? Ebenda 288.

— — Schlußbemerkung zu der Replik des Herrn Präsidenten Thurneysen. Ebenda 267.

— — Die ethischen und die socialen Grundlagen des Strafrechts. Ebenda 269.

— — Dolus eventualis und Gefährdung. Ztschr. f. d. ges. Strafrw. XV, 199.

Thurneysen, Zum Vorentwurf eines schweizerischen StGB.'s. Ztschr. f. schweizer. Strafr. (Révue pénale suisse) VII, 261.

Typaldo-Bassia, Du duel d'après la législation grecque. I. d. d. i. p. 1895, 65.

Urbye, Die bedingte Verurtheilung im norwegischen Recht. Ztschr. f. d. ges. Strafrw. XV, 248.

Weiß, Glossen zum Vorentwurf des schweizerischen Strafgesetzbuchs. Ztschr. f. schweizer. Strafr. (Révue pénale Suisse) VIII, 293.

Wilhelm, G. Tarde, „La philosophie pénale". Ztschr. f. d. ges. Strafrw. XV, 357.

Zucker, Einige allgemeine Bestimmungen des österr. Strafgesetzentwurfs und des deutschen Strafgesetzes. Gerichtssaal LI, 415.

Zürcher, Das Anarchistengesetz. Ztschr. f. schweizer. Strafrecht (Révue pénale suisse) VII, 129.

Strafprozeß.

Beginn der Funktionen des Schwurgerichtspräsidenten (§§ 82, 83 GVG.) Seuffert's Bl. EB. XIII, 1.

Beling, Die Vornahme von Untersuchungen am lebenden menschlichen Körper als Prozeßmaßregel. Ztschr. f. d. ges. Strafrw. XV, 471.

Cianci-Sanseverino, Sulle preghiere ai Giurati per l'assolutoria o condanna degli accusati. Arch. giur. LIV, 217.

Geiershöfer, Inhalt der Bescheinigung gemäß § 420 StPO. Seuffert's Bl. EB. XIII, 241.

Groschuff, Die Sitzungspolizeibefugnisse des Vorsitzenden gegenüber dem Staatsanwalt. Deutsche Juristenztg. I, 8.

Heinemann, Zur Lehre von der Abstimmung in den Strafgerichten. Ztschr. f. d. ges. Strafrw. XV, 1, 217.

Kullmann, Zur Reform der Strafprozeßordnung und Gerichtsverfassung. Gerichtssaal LI, 1.

Leeb, Der Vergleich im strafrechtlichen Privatklageverfahren. Seuffert's Bl. EB. XIII, 209.

Müller, A., Die Rechtskraft des amtsrichterl. Strafbefehls in Bezug auf den Grundsatz ne bis in idem. Seuffert's Bl. LX, 145.

Opet, Die Popularklage der Berner Handfeste. Ein Beitrag zur Geschichte der Popularklage im deutschen Recht. Ztschr. f. schweizer. Strafrecht (Révue pénale Suisse) VII, 15.

Digitized by Google

Schlaffner, Beschlußfassung nach § 270 der Strafprozeßordnung. Seuffert's Bl. 273, 289.

Zeller, Beginn der Strafantragsfrist. Seuffert's Bl. EB. XIII, 65.

Staatsrecht.

1. Allgemeines.

Bacioppi, F., La libertà civile e la libertà politica. Arch. di dir. pubbl. V, 81.

Bornhak, C., Die socialen Grundlagen des öffentl. Rechts. Ztschr. f. d. ges. Staatsw. XLIX, 645.

— — Die Entwickelung der constitutionellen Theorie. Ztschr. f. d. ges. Staatsw. LI, 597.

Fiore, P., Lo stato ed i diritti dell' uomo. Arch. di dir. pubbl. V, 38.

Fricker, Gesetz und Budget. Ztschr. f. d. ges. Staatsw. L, 381.

Held, J. v., Die Monarchie als Staatsform. Grünhut's Ztschr. XXI, 481.

Lemayer, K. Frhr. v., Apologetische Studien zur Verwaltungsgerichtsbarkeit. Grünhut's Ztschr. XXII, 353.

Miceli, V., Les partis politiques dans leurs rapports avec le gouvernement de cabinet. Rev. d. droit publ. IV, 201.

Nyholm, Ministeransvarlighed i det konstitutionelle kongedomme. Tidskrift f. R. VIII, 325.

Orlando, V. E., De la nature juridique de la représentation politique. Rev. d. droit publ. III, 1.

— — La formazione del gabinetto nei governi parlamentari. Arch. di dir. pubbl. IV, 241.

Rossi, L., La letteratura del diritto pubblico a proposito di recenti pubblicazioni. Arch. di dir. pubbl. IV, 161.

Singer, Zur Frage des staatlichen Oberaufsichtsrechts. Mit besonderer Rücksicht auf das Verhältniß des modernen Staats zur kathol. Kirche. D. Ztschr. f. KR. V, 60.

Tezner, Fr., System der subj. öffentl. Rechte. Grünhut's Ztschr. XXI, 107.

2. Deutsches Reich und deutsche Bundesstaaten.

Adickes, F., Ueber die weitere Entwickelung des Gemeindesteuerwesens auf Grund des preuß. Communalabgabengesetzes. Ztschr. f. d. ges. Staatsw. L, 410, 583.

Arndt, A., Ein-, Durch- und Ausfuhrverbote und deren rechtliche Natur. Annalen d. D. R. 1895, 181.

Eger, G., Die geschichtliche Entwickelung des Eisenbahntransportrechts in Preußen. Annalen d. D. R. 1895, 333.

Frankenberg, H. v., Die Beweisaufnahme im Rentenverfahren. Arch. f. öff. R. X, 559.

Digitized by Google

Geiger, Die reichsgesetzliche Regelung der religiösen Kindererziehung in Deutschland. Arch. f. kath. KR. LXXIII, 257.

Gneist, R. v., Die verfassungsmäßige Stellung des preuß. Gesammtministeriums und die rechtliche Natur der k. Rathscollegia. Verw. Arch. III, 433.

Graf, F., Die Tabakbesteuerung in Deutschland. Annalen d. D. R. 1895, 170.

Hampke, Die Abänderung und Erweiterung der Unfallversicherung in Deutschland. Ztschr. f. d. ges. Staatsw. LI, 218.

Herrfurth, L., Reichstags-Wahlrecht nnd Wahlpflicht. Deutsche Juristenztg. I, 3, 23.

Hilse, Streitfragen aus der öffentlichen Versicherung. Gruchot XXXIX, S. 247.

Joël, M., Zum Comptabilitätsgesetz für das Reich. Annalen d. D. R. 1895, 81.

Kamptz, v., Die Zuständigkeit zur Genehmigung der Veräußerung von Gemeindewaldungen in der Provinz Westfalen und der Rheinprovinz. Verw. Arch. III, 608.

Kobler, Fr., Ueber nachträgliche Leistung von Beiträgen zur Invaliditäts- und Altersversicherung. Bl. f. adm. Pr. XLV, 308.

Krazeisen, K., Zur Eisenacher Uebereinkunft vom 11. Juli 1853. Bl. f. adm. Pr. XLV, 33.

Krazeisen, K., Vermögensanlagen und Reconvalescentenanstalten der Ortskrankenkassen. Bl. f. adm. Pr. XLV, 149.

Löhr, J., Das Eisenbahnwegrecht im rechtsrhein. Bayern. Bl. f. adm. Pr. XLV, 193, 225.

Löning, E., Gerichte und Verwaltungsbehörden in Brandenburg-Preußen. Verw. Arch. III, 94, 510.

Neukamp, E., Die polizeilichen Verfügungen zur Verhütung strafbarer Handlungen oder Unterlassungen und deren Durchführung nach preuß. Recht. Verw. Arch. III, 1.

Nicklas, Die Geltendmachung des Placets nach bayer. Verfassungsrecht. Arch. f. öff. R. X, 181.

Peltzer, Die Zuständigkeit zur Ausstellung von Unschädlichkeitsatteften bei der Begründung von Rentengütern. Verw.Arch. III, 585.

Pöllath, K., Weibliche Gewerbeaufsichtsbeamte. Bl. f. adm. Pr. XLV, 338.

Rehm, H., Die Anliegerbeiträge bei Trottoirisirung nach bayer. Recht. Annalen d. D. R. 1895, 50.

Reitz, Die Auslieferungsverträge des Reichs. Annalen d. D. R. 1895, 397.

Reitzenstein, Frhr. v., Die Armenfürsorge für Ausländer, insbesondere in Deutschland. Annalen d. D. R. 1895, 1,

Rohrscheidt, K. v., Auf dem Wege zur Gewerbefreiheit in Preußen. Ztschr. f. Lit. u. Gesch. d. Staatsw. III, 1, 145, 265.

Digitized by Google

Rosin, H., Ueber das Recht der Polizei. Vortrag, gehalten i. J. 1791 von K. G. Svarez. Ztschr. f. Lit. u. Gesch. d. Staatsw. III, 363.
— — Der Begriff der Polizei und der Umfang des polizeilichen Verfügungs- und Verordnungsrechts in Preußen. Verw. Arch. III, 249.
Schäffle, A., Das Problem der Wirthschaftskammern. Ztschr. f. d. ges. Staatsw. LI, 1, 300, 495.
— — Zur Errichtung der Handwerks- und der Landwirthschaftskammern. Ztschr. f. d. ges. Staatsw. L, 453.
Schneider, Rechtshilfepflicht bei der Alters- und Invaliditätsversicherung. Arch. f. öff. R. X, 505.
Schön, Die geschichtliche Entwickelung des Communalabgabenwesens in Preußen 2c. Annalen d. D. R. 1895, 249.
Seydel, M. v., Das Reichsaufsichtsrecht und die Reichsseuchencommissäre Bl. f. adm. Pr. XLV, 91.
— — Verfassungsänderungen unter der Regentschaft. Bl. f. adm. Pr. XLV, 6.
— — Le Chancelier de l'Empire allemand. Rev. d. droit publ. IV, 426.
Stengel, K. Frhr. v., Zur neueren Literatur über das Dreiklassenwahlsystem in Preußen. Ztschr. f. Lit. u. Gesch. d. Staatsw. III, 343.
— — Die deutschen Schutzgebiete, ihre rechtliche Stellung, Verfassung und Verwaltung. Annalen d. D. R. 1895, 493.
— — Die Verwaltungsgerichtsbarkeit und die öffentlichen Rechte. Verw. Arch. III, 177.
— — La constitution et l'administration des colonies allemandes. Rev. d. droit publ. III, 275.
Stölzle, O., Verfassungsänderung während der Regentschaft nach bayer. Staatsrecht. Arch. f. öff. R. X, 1.
Weyl, Kirchenrecht und Reichsversicherungsrecht. Arch. f. öff. R. X, 350.
Wilmowski, B. v., Die Abschreibungen für Abnützung von Gebäuden 2c. nach den Bestimmungen des preuß. Einkommensteuergesetzes vom 24. Juni 1891. Verw. Arch. III, 366.
Zahn, Friedr., Die gemeindliche Besteuerung der Mobiliarfeuerversicherungsgesellschaften. Bl. f. adm. Pr. XLV, 161.
— — Die Versicherungspflicht von Bediensteten ausländischer Gesandten in Deutschland. Bl. f. adm. Pr. XLV, 257.
Zeller, Das Vereins- und Versammlungsrecht in Deutschland. Arch. f. öff. R. X, 239.
Zimmermann, F. W. R., Die Gesetzgebung über die Ausbildung nicht vollsinniger, schwach- oder blödsinniger Kinder im Herzogthum Braunschweig. Annalen d. D. R. 1895, 64.

3. Oesterreich.

Bidermann, H. J., Die staatsrechtlichen Wirkungen der österreich. Gesammtstaatsidee. Grünhut's Ztschr. XXI, 339.

Digitized by Google

Heilinger, Die Ausschließung von Gewerbebetrieben in Folge strafgerichtlicher Verurtheilung. Eine Untersuchung aus dem österr. Gewerberecht. Arch. f. öff. R. X, 588.

Ofner, Zur Theorie des österr. Arbeiterversicherungsrechts. Arch. f. öff. R. X, 54.

Schäffle, A., Volksvertretungsprobleme aus Anlaß der österr. Wahlreform. Ztschr. f. d. ges. Staatsw. L, 281.

Seidler, G., Studien zur Geschichte und Dogmatik des österreich. Staatsrechts. Grünhut's Ztschr. XXII, 1.

Tezner, Fr., Die rechtliche Stellung des österreich. Gesammtministeriums. Grünhut's Ztschr. XXII, 251.

4. Frankreich.

Aucoc, L., Une page de l'histoire du droit administratif. Rev. crit. de législ. XXIV, 302.

Barckhausen, Introduction à l'étude du droit public général en France. Rev. crit. de législ. XXIII, 28, 89.

Doniol, Un procès politique en 1842 et le gouvernement de Louis-Philippe Rev. d. droit publ. IV, 393.

Demante, G., Promulgation et date officielle des lois, suivant les lois constitutionelles de 1875. Rev. crit. de législ. XXIII, 586.

Jèze, G., La nomination des commissions départementales et les recours dont elle est susceptible. Rev. crit. de législ. XXIV, 186.

Laffitte, P., La vraie constitution de 1875. Rev. d. droit publ. III, 86.

Michoud, De la responsabilité de l'état à raison des fautes de ses agents. Rev. d. droit publ. III, 401; IV, 1, 251.

Le Brethon, La formation du département de Calvados et son administration, déc. 1789 — oct. 1792. Nouv. Rev. hist. XVIII, 96, 236, 372.

Orban, O., Les immunités constitutionnelles. Rev. de droit publ. III, 193, 430.

Sarraute, P., Examen critique de la loi du 30 juin 1838. — Du régime des asiles d'aliénés. Rev. crit. de législ. XXIII, 453, 499.

Souchon, Les questions de domicile de secours et la loi du 15 juillet 1893. Rev. crit. de législ. XXIV, 372.

Testoud, Ch., De l'influence exercée sur la nationalité par le mariage entre sujets français et sujets ottomans. Rev. crit. de législ. XXIII, 354.

Wahl, Le régime fiscal des dons et legs faits à l'état, aux départements etc. Rev. d. droit publ. III, 226.

Zéglicki, L., Réforme de l'impôt des boissons. Rev. crit. de législ. XXIV, 394, 450.

5. Italien.

Auriti, F., Dei rapporti fra la IV Sezione del Consiglio di Stato e la Corte di Cassazione. Arch. di dir. pubbl. V, 61.

Digitized by Google

Bianchi, Il nostro sistema tributario comunale. Archivio giur. LIV, 53.
Cagli, C., Del controllo preventivo costituzionale esercitato dalla corte dei conti. Arch. di dir. pubbl. IV, 361, 413; V, 5, 96.
Cammeo, I monopoli comunali. Arch. giur. LIV, 296; LV, 94, 304.
Canepa-Vaccaro, P., Sulle ordinanze d'urgenza. Arch. di dir. pubbl. V, 336.
Crisafulli, G., La guarentigia dei Deputati nei procedimenti penali, Arch. di dir. pubbl. IV, 10, 249, 401.
Levacher, J., Intorno al diritto della Provincia di ottenere il rimborso delle spedalità pel mantenimento dei mentecatti proveri. Arch. di dir. pubbl. IV, 49.
— — Sulla gestione di affari nel diritto amministrativo. Arch. di dir. pubbl. IV, 117.
— — Rapporti fra la competenza della IV Sezione del Consiglio di Stato e quella giudiziaria. Arch. di dir. pubbl. IV, 296.
Longo, A., La rappresentanza legale dei Comuni nel ricorso dinanzi la IV sezione. Arch. di dir. pubbl. IV, 37.
Orlando, V. E., La legge sulle incompatibilità parlamentari e la necessità di una riforma di essa. Arch. di dir. pubbl. IV, 43.
— — Ammissibilità della prova testimoniale nei giudizii dinanzi la IV Sezione del Consiglio di Stato. Arch. di dir. pubbl. IV, 140.
Porrini, R., Della successione dei comuni. Arch. di dir. pubbl. IV, 288, 321.
Romano S., Del concetto di istituzione di pubblica beneficenza, a proposito delle società di patronato pei liberati di carcere. Arch. di dir. pubbl. IV, 296.
Tango, Procedura per i giudizi di 1ª e 2ª istanza sui conti comunali e provinciali. Arch. giur. LIV, 282.
Tommasini, F., Osservazioni sull' istituto dello scioglimento dei consigli comunali e provinciali. Arch. di dir. pubbl. V, 241.
Ugo, G. B., Sulle Chiese palatine e sui beni della Corona. Arch. di dir. pubbl. IV, 125, 279.
— — Sui diritti del Re per la materia beneficiaria e le provvisioni ecclesiastiche. Arch. di dir. pubbl. V, 119.

6. Uebrige Staaten.

Amdrup, Miste Landstingets kongevalgte Medlemmer deres Saede i Tilfaelde af Tingets Oplosning. Tidskrift for Retsvidenskab VII, 193.
Baldwin, De la résponsabilité du pouvoir fédéral aux États-Unis au cas où les États particuliers s'abstiennent de réprimer les délits commis sur leur territoire. Rev. d. droit. publ. IV, 437.
Blackmar, F. W., La Législation sur les boissons fortes aux États-Unis. Rev. d. droit publ. IV, 48.

Digitized by Google

Egidius, Den nye Lov om nederlandsk Statsborgerskab og Indvaanerskab. Tidskrift for Retsvidenskab VI, 204.

Reuijl, Het verslag der Staatscommissie, benoemd bij koninklijk Besluit van 16. September 1891 no. 14. tot Voorbereiding der Uitvoering van de Voorschriften der Grondwet, aangaande de regeling der Administratieve Rechtspraak. Rechtsgeleerd Magazijn XIV, 1, 213, 509.

Ruhland, G., Aus dem Verfassungs- und Verwaltungsrecht des indischen Kaiserreichs. Ztschr. f. d. ges. Staatsw. LIX, 223, 408.

Schuster, Die englische Erbschaftssteuerreform. Arch. f. öff. R. X, 141.

Smissärt, H., Die Pierson'sche Steuerreform in den Niederlanden. Ztschr. f. d. ges. Staatsw. LI, 654.

Stoupis, A. N., Du pouvoir gouvernemental d'après la constitution grecque. Rev. d. droit publ. IV, 234.

Kirchenrecht.

Arndt, Die Suspension „ex informata conscientia". Arch. f. kath. KR. LXXIII, 171.

Di Marzo S., Sul carattere sacro dei sepolcri. Arch. di dir. pubbl. IV, 358.

Götz, Die Echtheit des fälschlich als Ep. Widonis ad Heripertum archiep. Mediol. bezeichneten Decretale Paschalis I. Fraternae mortis. C. 1, q. III c. 7: Si quis autem obiecerit. D. Ztschr. f. KR. V, 30.

— — Das Alter der Kirchweihformeln. D. Ztschr. f. KR. V, 1.

Halban-Blumenstok, A., Die kanonistischen Handschriften der kais. öffentl. Bibliothek in St. Petersburg. D. Ztschr. f. KR. V, 219.

— — Schutz und Zins. Arch. f. kath. KR. LXXIV, 216.

Henner, Zur Geschichte der Rota Romana. Arch. f. kath. KR. LXXIII, 177.

Hinschius, Die Mentalreservation bei der Eheschließung nach katholischem Kirchenrecht. Arch. f. d. c. Pr. LXXXIII, 321.

Joder, Index casuum et censurarum in universa Ecclesia iure novissimo vigentium. Arch. f. kath. KR. LXXIV, 18.

Kaltner, Das landesfürstliche Patronat im Kronlande Salzburg. Arch. f. kath. KR. LXXIV, 54.

Kekule v. Stradonitz, Ein Beitrag zur Lehre von der desponsatio impuberum. Arch. f. kath. KR. LXXIII, 369.

Lingen, Ueber kirchliches Gewohnheitsrecht. Arch. f. kath. KR. LXXIII, 131.

Porsch, Die Unterdrückung des Jesuitenordens in Schlesien unter Friedrich dem Großen. Arch. f. kath. KR. LXXIV, 161.

Sägmüller, Das Recht der Exclusive in der Papstwahl. Arch. f. kath. KR. LXXIII, 193.

Scaduto, Fr., Della chiusura illegale del tempio da parte del patrono. Arch. di dir. pubbl. IV, 351.

Singer, Beiträge zur Würdigung der Decretistenliteratur. Arch. f. kath. KR. LXXIII, 3.

Digitized by Google

Internationales Recht.

Anzilotti, Die Zuständigkeit der italienischen Gerichte gegenüber fremden Staaten. Ztschr. f. intern. Priv.- u. Strafr. V, 24, 138.

Audinet, L'incompétence des tribunaux français à l'égard des états étrangers et la succession du Duc de Brunswick. Révue gén. de droit intern. publ. II, 385.

Bar, v., Du conflit entre la loi du domicile et la loi de la nationalité. J. d. d. i. p. XXII, 22.

Beichmann, De internationale Konferencer i Haag til Behandling af Spørgsmaal vedrørende den internationale Privatret. Tidskrift for Retsvidenskab VIII, 114.

Buonamici, Nota sopra un libro di Alessandro Corsi: ‚Arbitrati internazionali'. Arch. giur. LIII, 378.

Cahn, Der § 21 Abs. 1 des Reichsges. v. 1. Juni 1870, betr. die Erwerbung und den Verlust der Reichs- und Staatsangehörigkeit und seine Auslegung durch die Entscheidung des Reichsgerichts v. 4. Febr. 1895. Ztschr. f. intern. Priv.- u. Strafr. V, 536.

Cahn, Zweiter internationaler Kongreß für internationales Privatrecht im Haag. Zeitschr. f. intern. Priv.- u. Strafr. V, 1.

Champeau, De la condition des étrangers en Colombie. J. d. d. i. pr. XXI, 929.

Chantre, De l'expulsion des étrangers en Suisse. J. d. d. i. pr. XXI, 978.

Chavegrin, Notes et renseignements sur la propriété littéraire et artistique dans divers pays. J. d. d. i. pr. XXII, 46, 548.

Delius, Beiträge zur Auslegung des deutsch-schweizerischen Auslieferungsvertrages. Ztschr. f. intern. Privat- u. Strafr. V, 529.

Despagnet, Les difficultés internationales venant de la constitution de certains pays. Révue gén. de droit intern. publ. II, 184.

Diena, Sulla validità dei contratti di borsa nei rapporti internazionali. Arch. giur. LV, 328.

— — De l'influence que peut exercer sur la validité d'une substitution un changement de nationalité du grevé. J. d. d. i. pr. XXI, 255.

— — Les délits anarchistes et l'extradition. Révue gén. de droit intern. publ. II, 306.

Djuvara, La lutte des nationalités. Hongrois et Roumains. Révue gén. de droit intern. publ. II, 5.

Dorado, Esquisse d'une réforme de l'organisation des tribunaux répressifs et de l'instruction criminelle. Rev. de droit publ. III, 450.

Droz, L'union internationale des chemins de fer. Révue gén. de droit intern. publ. II, 169.

Dubois, La codification au Japon et la révision des traités. Révue gén. de droit intern. publ. II, 111.

Digitized by Google

Duchêne, Le droit de navigation dans le Niger. Révue gén. de droit intern. publ. II, 439.

Dupuis, L'institut de droit international. Session de Cambridge (1895). Révue gén. de droit intern. publ. II, 527.

Engelhardt, La question arménienne et les réformes projetées en execution de l'article 61 du traité de Berlin de 1878. Révue gén. de droit intern. publ. II, 296.

— — Les protectorats Romains. Révue gén. de droit intern. publ. II, 489.

Erler, Die Kostenvorschußpflicht, die Kostensicherheitspflicht und das Armenrecht der Ausländer nach den Handelsverträgen des Deutschen Reichs. Ztschr. f. d. c. P. XXI, 259.

Esperson, De la retroactivité de la loi française du 26 juin 1889 sur la nationalité. J. d. d. i. pr. XXI, 26.

Fauchille, L'annexion du Congo à la Belgique et le droit international. Révue gén. de droit intern. publ. II, 400.

Fedozzi, Le colonie straniere e le associazioni a cui esse danno origine. Arch. giur. LV, 233.

Féraud-Giraud, De la neutralité dans les guerres entre États, les guerres civiles et les différends entre Etat protecteur et État protégé. Révue gén. de droit intern. publ. II, 291.

Fiore, P., De l'abordage des navires suivant le droit international. Rev. d. droit publ. III, 293.

Flaischlen, Die Stellung der fremden Consuln in Rumänien. Ztschr. f. intern. Priv.- u. Strafr. V, 150.

— — Des droits en Roumanie d'un État étranger appelé par testament recueillir la succession d'un de ses sujets (affaire Zappa). J. d. d. i. pr. XXI, 282.

Fournier, La Constitution de Léon XIII. sur les églises unies d'Orient. Révue gén. de droit intern. publ. II, 83.

Fromageot, L'arbitrage de la mer de Behring. J. d. d. i. pr. XXI, 36.

Le Garrec, Du fonctionnement de la justice Française à Madagascar dans ses rapports avec les Français, les indigènes et les étrangers. J. d. d. i. pr. XXII, 259.

Gramming, Die Wirkungen des ausländischen Concurses auf das Inland, nach deutschem Reichsrecht. Ztschr. f. intern. Priv.- u. Strafr. V, 344.

Grasso, G., De l'interdiction des ports d'un état aux navires étrangers pour motifs sanitaires. Rev. de droit publ. IV, 32.

Gräfel, Eheschließung von Ausländern im Deutschen Reich. Ztschr. f. intern. Priv.- u. Strafr. V, 113.

Gruffy, Applications pratiques des lois françaises sur la nationalité par l'administration. J. d. d. i. pr. XXI, 472, 765.

Hubert, De la nationalité et du droit d'expulsion. J. d. d. i. pr. XXII, 524.

Digitized by Google

Inhülsen, Die Verfolgung deutscher Erbansprüche in England. Arch. f. öff. R. X, 427.

— — Die englischen Nachlaßsteuern. Ztschr. f. intern. Priv.- u. Strafr. V, 256.

Kebedgy, De la protection des créanciers d'un état étranger. J. d. d. i. pr. XXI, 59, 504.

Keidel, De la condition juridique des étrangers d'après les lois et traités en vigueur sur le territoire de l'Empire d'Allemagne. J. d. d. i. pr. XXI, 72, 703.

Kléen, Folkrättsinstitutes 14de årsmöte i Genève 1892. Tidskrift for Retsvidenskab VI, 216.

Klein, Ist das Revisionsgericht zur Prüfung und Nachprüfung der Frage berechtigt, ob die Gegenseitigkeit im Sinne des § 661 Abs. 2 Nr. 5 der deutschen CPO. verbürgt ist? Ztschr. f. intern. Priv.- u. Strafr. V, 40.

Kohler, Beiträge zum internationalen Strafrecht. Ztschr. f. intern. Priv.- u. Strafr. V, 232.

Lainé, La conférence de la Haye relative au droit international privé (2e session). J. d. d. i. pr. XXII, 465.

Laurent, De la validité du mariage religieux non précédé du mariage civil contracté en France par deux étrangers. J. d. d. i. pr. XXII, 268.

Lehr, De la légitimation et de l'adoption d'après les nouvelles lois russes de 1891. J. d. d. i. pr. XXII, 518.

Loubat, De la législation contre les anarchistes au point de vue international. J. d. d. i. pr. XXII, 5.

Lyon-Caen, La convention du 14 octobre 1890 sur le transport international des marchandises par chemins de fer. J. d. d. i. pr. XXI, 435, 641.

Meili, Argentäus und Molinäus und ihre Bedeutung im internationalen Privatrecht. Ztschr. f. intern. Priv.- u. Strafr. V, 363, 554.

Missir, La quéstion de la compétence dans l'affaire Zappa. J. d. d. i. pr. XXI, 776.

Moutier, Du droit pour les Sociétés commerciales étrangères d'ester en justice en France. J. d. d. i. pr. XXI, 954.

Neumann, Zur Codification des internationalen Privatrechts. Gruchot XXXIX, 193.

Nicolello, L'ipoteca legale degli incapaci nel diritto internazionale privato. Arch. giur. LIV, 109.

De Paepe, De la compétence civile à l'égard des Etats étrangers et de leurs agents diplomatiques ou consulaires. J. d. d. i. pr. XXII, 31.

Paisant, Les zones franches de la Haute-Savoie et du pays de Pex et leurs relations avec la Suisse. Révue gén. de droit intern. publ. II, 199.

Pfizer, Einfluß der Wohnungsänderung auf das Erbrecht. Ein Gutachten. Ztschr. f. internat. Priv.- u. Strafr. V, 548.

Digitized by Google

Pillet, Le droit international privé. Essai d'un système général de solution des conflits de lois (suite). J. d. d. i. pr. XXII, 241, 500.

Poitevin, Des crimes ou délits commis par des Français à l'étranger. J. d. d. i. pr. XXI, 209.

Politis, De la faillite et de la liquidation judiciaire en droit international d'après la législation et la jurisprudence grecques. J. d. d. i. pr. XXI, 940.

Prudhomme, L'extradition de Balfour demandée par l'Angleterre à la République Argentine. J. d. d. i. pr. XXII, 289.

Rosenblatt, Die international-rechtlichen Bestimmungen der neuen österr. Civilproceßentwürfe. Ztschr. f. intern. Priv.- u. Strafr. V, 123.

Rozkowski, Bemerkungen über die Strafsanction der Genfer Convention. Ztschr. f. intern. Priv.- u. Strafr. V, 249.

Schnell, Ueber die Zuständigkeit zum Erlaß von gesetzlichen Vorschriften über die räumliche Herrschaft der Rechtsnormen. Ztschr. f. intern. Priv.- u. Strafr. V, 337.

Schwab, Auslieferungsverkehr zwischen Württemberg und Oesterreich-Ungarn. Ztschr. f. intern. Priv.- u. Strafr. V, 225.

Souchon, Questions de compétence soulevées en matière pénale par l'établissement du protectorat de la France sur la Tunisie. J. d. d. i. pr. XXI, 754.

Stoerk, Les changements de nationalité et le droit des gens. Révue gén. de droit intern. publ. II, 273.

Taschereau, De la condition légale des étrangers au Canada. J. d. d. i. pr. XXII, 55.

Tournade, De la dation d'un conseil judiciaire à un étranger en France. J. d. d. i. pr. XXII, 485.

Trigant-Geneste, le procès d'espionnage de Leipzig et la loi allemande du 3 juillet 1893 sur la divulgation des secrets militaires. J. d. d. i. pr. XXI, 265, 489.

Wahl, Des droits d'enregistrement dans les rapports internationaux. J. d. d. i. pr. XXI, 677.

— — Les compagnies d'assurance maritimes et contre l'incendie dans le droit international. Révue gén. de droit intern. publ. II, 509.

Yantcheff, Arrangement grécobulgare relatif aux questions de nationalité pendantes entre les deux pays. J. d. d. i. pr. XXI, 289.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Die bisher im Verlage von R. Oldenbourg in München erschienene

Kritische Vierteljahresschrift

für

Gesetzgebung und Rechtswissenschaft

ist mit der **Dritten Folge** an die unterzeichnete Verlagshandlung übergegangen. In die Redaktion, welche zuletzt von den Herren A. von Bechmann und M. von Seydel geführt wurde, sind die anderen auf dem Umschlagtitel genannten Mitglieder der Münchener Juristenfakultät eingetreten.

Die Beiträge der Herren Mitarbeiter werden honorirt. Dieselben erhalten 10 Separatabzüge ihrer Beiträge ohne besondere Paginirung gratis geliefert und nach Erscheinen des betreffenden Heftes von der Verlagshandlung franko zugesandt. Eine größere Anzahl von Separatabzügen kann nur nach Verständigung mit der Verlagshandlung angefertigt werden. Die Manuskripte müssen in vollständig druckfertigem Zustand eingeliefert werden.

Die Zeitschrift erscheint jährlich in 4 Heften zu je 10 Bogen, welche einen Band bilden. Der Abonnementspreis eines Bandes beträgt M. 14.—.

Einzelne Hefte werden nur zu erhöhtem Preise abgegeben. Abonnements nehmen alle Buchhandlungen und Postanstalten entgegen.

Recensionsexemplare bittet man an die Zweigniederlassung der Unterzeichneten in Leipzig, Querstraße 21 einzusenden.

Freiburg i. B., 1. Juli 1895.

Akademische Verlagsbuchhandlung von J. C. B. Mohr
(Paul Siebeck)
in Freiburg i. B. und Leipzig.

Digitized by Google

Akademische Verlagsbuchhandlung von J. C. B. Mohr (Paul Siebeck)
in Freiburg i. B. und Leipzig.

Handbuch
des
Deutschen Actiengesellschaftsrechts.

Für die **Praxis** bearbeitet
von
Dr. **Ludwig Weyl**, Rechtsanwalt in Karlsruhe i. B.

In drei Teilen.

Erster Theil M. 2.40. Gebunden M. 3.40. Zweiter Theil M. 4.—.
Gebunden M. 5.—.

Verlag von Otto Liebmann, Berlin W. 35, Lützow-Strasse 27.

Erscheint am 1. u. 15. jeden Monats

Deutsche Juristen-Zeitung

Herausgegeben von

DR. P. LABAND, Professor. DR. M. STENGLEIN, Reichsgerichtsrat. DR. H. STAUB, Rechtsanwalt.

Preis vierteljährlich Mk. 3.50.

Probe-Nummern gratis u. franko.

Zu beziehen durch alle Buchhandlungen, Postanstalten (Liste 1731a) und den Verlag.

Grundriß zu Vorlesungen
über
Deutsches Reichsstaatsrecht.

Von
Dr. **Max von Seydel**,
Professor des Staatsrechts an der Universität München.

8. 1896. M. 2.50.

C. A. Wagner's Buchdruckerei, Freiburg i. B.

Digitized by Google

Kritische Vierteljahresschrift

für

Gesetzgebung und Rechtswissenschaft

herausgegeben von

DrDr. **A. von Bechmann, F. Hellmann, K. von Maurer, M. von Seydel** und **E. Ullmann,**
Professoren der Münchener Juristenfakultät.

(Fortsetzung der kritischen Ueberschau der deutschen Gesetzgebung und Rechtswissenschaft und der Heidelberger kritischen Zeitschrift.)

Dritte Folge. Band II.

(Der ganzen Folge XXXVIII. Band.)

Drittes Heft.

Freiburg i. B. und Leipzig, 1896.
Akademische Verlagsbuchhandlung von J. C. B. Mohr
(Paul Siebeck).

Mit Beilagen von J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) in Freiburg i. B. und Leipzig.

Digitized by Google

Inhalt.

I. Nekrolog. Seite

Ludwig Maribo Benjamin Aubert. Von K. Maurer 327

II. Rechtsgeschichte.

1. Luschin von Ebengreuth, Dr. Arnold, Oesterreichische Reichsgeschichte (Geschichte der Staatsbildung, der Rechtsquellen und des öffentlichen Rechts). I. Theil. Die Zeit vor 1526. Bamberg. 1895. C. C. Buchner. Von Hans Schreuer 335
2. Zur norwegischen Rechtsgeschichte. Von K. Maurer 363

III. Civilrecht.

1. Heymann, Dr. jur. Ernst, Das Vorschützen der Verjährung. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von Exceptio und Einrede. Breslau. 1895. Schletter'sche Buchhandlung. Von J. Pfaff 374
2. Grimm, D., Beiträge zur Lehre von der Bereicherung (russisch). Drei Hefte. Dorpat. 1891. Schnakenburg. St. Petersburg. 1893. Stasjulewitsch. Von A. v. Tuhr 381
3. Randa, Dr. A., Der Besitz nach österreichischem Rechte mit Berücksichtigung des gemeinen Rechtes, des preußischen, französischen und italienischen, des sächsischen und züricherischen Gesetzbuches. 4. durchgesehene und vermehrte Auflage. Leipzig. 1895. Breitkopf & Härtel. Von E. Hölder 396
4. Hirsch, Dr. Paul, Zur Revision der Lehre vom Gläubigerverzuge. Leipzig. 1895. Duncker & Humblot. Von Schiffner 412

IV. Strafrecht.

1. Thomsen, Dr. Andreas, Ueber den Versuch der durch eine Folge qualificirten Delicte. Kiel. 1895. Lipsius & Tischer. Von Finger . . 414
2. Heß, Dr. Anton, Ueber Kausalzusammenhang und unkörperliche Denksubstrate. Erstes Heft. I. Ursache und Bedingung. II. Verursachung durch Unterlassung. Hamburg. 1895. Otto Meißner. Von Appelius 451
3. Sturm, Dr. jur. A., Die Rechtswidrigkeit der Unterlassung. Eine Abhandlung. Berlin. 1895. Heymann. Von Appelius 467
4. Meyer, Paul, Der römische Konkubinat nach den Rechtsquellen und den Inschriften. Leipzig. 1895. Teubner. Von Kleinfeller . . 474
5. Weingart, A., Handbuch für das Untersuchen von Brandstiftungen. Zum Gebrauch für Juristen und Verwaltungsbeamte. Leipzig. 1895. Duncker & Humblot. Von Kleinfeller 475
6. Zürcher, E. und Sträuli, H., Grundlagen und Ergebnisse der Statistik der Rechtspflege im Kanton Zürich. Zürich. 1895. Schultheß. Von Kleinfeller 476
7. Keuling, W., Der unlautere Wettbewerb nach dem zweiten „Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbes" und über den Rechtsschutz von Fabrikations- und Geschäftsgeheimnissen. Berlin. 1895. Gärtner. Von Kleinfeller 478
8. Merkel, Dr. jur. Paul, Begehung durch Unterlassung. Nürnberg. 1895. Tümmel. Von Appelius 484
9. Slupacki, Dr. Hans von, Die Lehre von den jugendlichen Verbrechern im gemeinen deutschen Strafrecht und Strafprozeßrecht. Tübingen. 1896. Pietzcker. Von Appelius 487

Fortsetzung auf Seite 3 des Umschlags.

Digitized by Google

I.

Nekrolog.

Ludwig Maribo Benjamin Aubert.

Wiederum habe ich von dem Tode eines hervorragenden Fachgenossen und lieben Freundes im Norden Nachricht zu geben. Am 5. Februar l. J. starb in Christiania der Professor der Rechte an der dortigen Universität, L. M. B. Aubert.

Aubert's Familie stammt aus Lothringen und zwar wenn ich nicht irre, aus Diedenhofen. Sein Urgroßvater, François Jaques Xavier d'Aubert, hatte als Offizier der französischen Armee angehört; eines Duells wegen genöthigt, Frankreich zu verlassen, war er in dänischen Kriegsdienst getreten und im Jahre 1793 als Generalmajor in Kronborg gestorben. Auch dessen Sohn, Benoni d'Aubert, hatte der dänisch-norwegischen Armee angehört; als Ingenieuroffizier hatte er sich große Verdienste um die Vermessung Norwegens erworben, welchem Lande er auch treu blieb, als es sich zufolge des Kieler Friedens von Dänemark trennte, und im Jahre 1832 war auch er als Generalmajor gestorben [1]). Sein Sohn, Ludwig Cäsar Martin Aubert, † 1887, war Professor der lateinischen Sprache an der Universität Christiania und machte sich sowohl durch seine Lehrthätigkeit als durch zahlreiche literarischen Leistungen um seine Wissenschaft und um das Schulwesen seines Vaterlandes verdient [2]). Als ein Sohn dieses letzteren wurde L. M. B. Aubert am 22. November 1838 in Christiania geboren, machte hier die Mittelschulen sowohl als seine Rechtsstudien durch, und absolvirte diese letzteren im Jahre 1860 mit

[1]) Vgl. Bricka, Dansk biografisk Lexikon I, S. 374—376; Halvorsen, Norsk Forfatter-Lexikon I, S. 129—130. [2]) Halvorsen I, S. 132—135.

Digitized by Google

bestem Erfolg. Unter seinen Lehrern an der Universität hatte aber zumeist A. M. Schweigaard († 1870) mächtig auf ihn gewirkt, dem er denn auch Zeitlebens ein treues, dankbares Andenken bewahrte. Nach seinem Abgang von der Universität arbeitete A. zuerst kurze Zeit als Amanuensis an deren Bibliothek, und beschäftigte sich dann einige Jahre im praktischen Staatsdienste; am 1. Januar 1863 aber wurde er Universitätsstipendiat, am 3. December 1864 Lector an der Juristenfakultät, an welcher er im Jahre 1866 zum Professor aufrückte, und in dieser Stellung wirkte er mit einer kurzen, noch zu besprechenden Unterbrechung mit bestem Erfolge bis zu seinem Ende.

Der Universität gehörte denn auch A.'s Thätigkeit in erster Linie an, so vielfach auch die Richtungen waren, nach welchen er diese geltend zu machen wußte. Sehr ernst nahm er es vor Allem mit den Pflichten seines Lehramtes. Auf gründliche, mit seltener Gewissenhaftigkeit betriebene Studien gestützt, und dabei des Wortes in hohem Grade mächtig, war er ein überaus beliebter Lehrer, und zufolge der unbegrenzten Zuverlässigkeit und Offenheit seines Charakters, sowie seiner herzlichen Warmfühligkeit und stets gleich wohlwollenden Hülfsbereitschaft zugleich auch ein entschiedener Vertrauensmann seiner Studenten. Mich selbst ließen zahlreiche Briefe des trefflichen Mannes beobachten, mit welcher hellen Freude er jedes neu auftauchende junge Talent begrüßte, und mit welchem rastlosen Eifer er jedem solchen seinen Weg zu ebnen sich bemühte; für solches Entgegenkommen hat aber der Student ein feines Verständniß, und er pflegt es durch herzliches Vertrauen und treue Anhänglichkeit zu lohnen. Gern betheiligte sich A. auch am Studentenleben, so lange der Zustand seiner Gesundheit ihm dieses verstattete, und noch im vergangenen Jahre scheute er keine Mühe, um für die Studirenden seiner Fakultät ein wohlausgestattetes Lesezimmer zu Stande zu bringen; da andere Mittel nicht zu Gebote standen, mußte er durch eigene Opfer und durch Angehen Anderer die nöthigen Werke zu einer

Digitized by Google

kleinen Fachbibliothek zusammenzubringen suchen, und er brachte sie auch wirklich zusammen, sicherlich zum nicht geringen Nutzen gar manches tüchtigen, aber mit Besitz nicht gesegneten jungen Mannes. Aber auch bei seinen Collegen genoß A. des vollsten Vertrauens und ungewöhnlicher Beliebtheit, wie er denn von ihnen wiederholt zum Vormanne des akademischen Collegiums gewählt oder auch mit der Vertretung seiner Universität bei feierlichen Gelegenheiten betraut wurde.

Aber auch der Staat wußte A.'s ungewöhnliche Tüchtigkeit für seine Zwecke zu verwenden. Des Oefteren wurde er, wie es bei den juristischen Professoren der norwegischen Landesuniversität zu geschehen pflegt, als außerordentlicher Assessor des höchsten Gerichtes verwendet. Er war ferner Mitglied der norwegischen Commission für die Ausarbeitung einer gemeinsamen Wechselordnung der drei nordischen Reiche, und die Motive zu diesem Gesetze (vom 7. Mai 1880) sind gutentheils von ihm ausgearbeitet. Auch an Zusammenkünften völkerrechtlicher Art nahm er öfter im Auftrage seiner Regierung Antheil, wie er denn zumal (seit 1879) dem „Institut du droit international" angehörte; bemerkt mag werden, daß er in diesem mit regstem Eifer und nicht ohne guten Erfolg für die Erweiterung der Begrenzung des Seeterritoriums einzutreten wußte, welche für Norwegen von sehr erheblicher Bedeutung ist. Theils derartige Aufträge, theils aber auch seine eigenen wissenschaftlichen Interessen führten ihn öfter auf Reisen, und ließen ihn nicht nur in Dänemark und in Schweden, sondern auch in Deutschland und in der Schweiz, sowie in England, Frankreich und Italien zahlreiche Freunde gewinnen, wie er denn auch Ehrendoctor der juristischen Fakultäten in Upsala (1877) und Berlin (1890) wurde. Neben allen diesen dienstlichen Verwendungen nahm A. ferner schon frühzeitig auch an dem politischen Treiben seiner Heimath thätigen Antheil. Schon als Student war er Mitarbeiter an „Christiania-Posten", einem von Professor Dr. Daae herausgegebenen Tagblatte. Als Professor trat er

Digitized by Google

dann energisch in die Parteikämpfe ein, welche in Norwegen seit dem Anfange der siebenziger Jahre geführt worden, und zunächst dem linken Flügel der conservativen Partei angehörig, wurde er bald zu einem ihrer thätigsten Mitglieder. Im Frühjahre 1884 trat er als Leiter des Justizdepartements in das Schweigaardsche Ministerium ein; als dieses aber nach kurzem Bestande zurücktreten mußte, kehrte er wieder zu seiner Professur zurück, der er fortan getreu blieb, ohne darum der thätigen Betheiligung an der Politik zu entsagen. Zumal als ein gern gehörter, eindrucksamer Redner in Volksversammlungen erwies er sich stets als eine der kräftigsten Stützen seiner Partei, und als ein treuer Freund der Union mit Schweden, für die er auch in zahlreichen Flugschriften und Zeitungsartikeln eintrat.

Unbehindert durch diese seine vielseitige praktische Thätigkeit wußte A. endlich auch noch eine ausgebreitete literarische Thätigkeit zu entfalten. Seine wissenschaftliche Richtung war anfänglich eine rechtsgeschichtliche gewesen. Schon seine Probevorlesung trägt den Titel: Bevissystemets Udvikling i den norske Criminalproces indtil Christian den femtes Lov (Christiania 1864), und gibt eine sehr fleißig gearbeitete und sehr lehrreiche Uebersicht über die Entwicklung des Beweissystemes im norwegischen Strafverfahren von den ältesten Zeiten ab bis auf König Christian's V. norwegisches Gesetzbuch herunter. Dann folgt, um von minder bedeutenden Arbeiten abzusehen, die Abhandlung: „Kontraktpantets historiske Udvikling isaer i dansk og norsk Ret“ [1]), welche eine sehr dankenswerthe Geschichte der Entwicklung des vertragsweisen Pfandrechtes im dänischen und norwegischen Rechte enthält. Weiterhin schließen sich sodann zwei Arbeiten über die Geschichte der norwegischen Rechtsquellen an. Die erste von ihnen, nämlich: De norske Loves Historie indtil Nutiden (Kopenhagen 1875), bildet Nr. 10 einer unter dem Titel „Fra Videnskabens Ver-

[1]) In Bd. 15 dieser Zeitschrift S. 237—251 von mir besprochen.

Digitized by Google

den“ erschienenen Sammlung allgemein verständlicher Abhandlungen, und bietet auf 44 Seiten eine Uebersicht über den gesammten Verlauf der norwegischen Quellengeschichte in knappster Fassung; ungleich bedeutsamer ist aber das zweite Werk, welches unter dem doppelten Titel: Den norske Privatrets almindelige Del und De norske Retskilder og deres Anvendelse erschienen ist (Christiania 1877). Ich habe beide Schriften seinerzeit in dieser Zeitschrift eingehend besprochen[1]), und beschränke mich darum hier auf ein paar Worte über die letztere von ihnen. Ihr Haupttitel bezeichnet diese als den ersten Band eines größeren Werkes über den allgemeinen Theil des norwegischen Privatrechts, und sie enthält demgemäß denn auch zunächst einige einleitende Bemerkungen über den Begriff des Rechts, den Begriff und die Eintheilung der Rechtsquellen, den Gegensatz zwischen dem öffentlichen und dem Privatrechte, über die Bedeutung und Begrenzung, dann über die Literatur des allgemeinen Theiles des norwegischen Privatrechts, endlich eine kurze Uebersicht über die Geschichte der norwegischen Rechtsquellen; sodann aber werden eingehend die Quellen des geschriebenen Rechtes Norwegens behandelt und unter diesen selbstverständlich ganz besonders ausführlich König Christian's V. Gesetzbuch. Eine Fortsetzung des Werkes ist nicht erschienen und steht somit die Behandlung der Quellen des ungeschriebenen Rechtes, sowie alles Andere aus, was man sonst noch zum allgemeinen Theile des Privatrechtes zu zählen pflegt; unvollendet, wie es ist, bezeichnet das Buch aber dennoch einen sehr bedeutsamen Fortschritt innerhalb der norwegischen nicht nur, sondern auch der dänischen Jurisprudenz. Die Geschichte der langjährigen Vorarbeiten für das dänische sowohl als das norwegische Gesetzbuch König Christian's wurde nämlich in ihm auf Grund umfangreicher Nachforschungen in dänischen und norwegischen Bibliotheken und Archiven in ein ungleich helleres Licht gerückt als je zuvor und dadurch auch für

[1]) Bd. 17 S. 469—472 und Bd. 19 S. 470—474.

Digitized by Google

das tiefere Verständniß beider Gesetzbücher eine sicherere Grundlage geschaffen. Wie anregend A.'s Werk in dieser Richtung gewirkt hat, zeigt sich am schlagendsten daran, daß man, durch dasselbe veranlaßt, nunmehr endlich zur Veröffentlichung jener Vorarbeiten zu beiden Gesetzbüchern schritt[1]), womit einem dringenden Bedürfnisse Abhilfe geschafft wurde. Daß aber das hervorragende Werk selbst unvollendet blieb, beruht zunächst auf äußeren Gründen. Als A. die Vorlesungen über das norwegische Obligationenrecht übernahm, legte er diesen ein von seinem Vorgänger auf dem Lehrstuhle, Fr. Hallager, verfaßtes Lehrbuch über diesen Gegenstand zu Grunde[2]), und als dann nach des Verfassers Tod († 1876) dieses Werk ausverkauft war, sah er sich, um dem dadurch entstandenen Nothstande abzuhelfen, genöthigt, möglichst rasch für eine neue Ausgabe desselben zu sorgen, obwohl er die Bedenken nicht verkannte, welche einer solchen entgegenstanden. Sie erschien unter dem Titel: „Den norske Obligationsret fremstillet af Fr. Hallager; andet gjennemseede Oplag ved L. M. B. Aubert" (2 Bde., Christiania 1879). In seinen Grundlagen auf mehr als 30 Jahre zurückreichend, war das Werk entschieden veraltet und einer durchgreifenden Umarbeitung bedürftig, zu welcher jedoch A., durch anderweitige Arbeiten in Anspruch genommen, vorläufig keine Zeit finden konnte; er mußte sich demnach, um überhaupt dem Bedürfnisse der studirenden Jugend einigermaßen abzuhelfen, im Wesentlichen darauf beschränken, den Veränderungen Rechnung zu tragen, welche die neuere Gesetzgebung und Gerichtspraxis nöthig machte, und außerdem Verweisungen auf die neuere Literatur gehörigen Orts nachzutragen. Bei dieser recht mangelhaften Abhilfe konnte der gründliche Mann aber selbstverständlich nicht stehen

---

[1] N. Prebensen und Kj. Smith, Forarbeiderne til Kong Christian den Femtes norske Lov af 15. April 1687; Christiania 1887. V. A. Secher und Chr. Stöckel, Forarbeiderne til Kong Kristian V s. Danske Lov; 2 Bde., Kopenhagen 1891—1894.

[2] Den norske Obligationsret, 2 Bde., Christiania 1859—1860.

Digitized by Google

bleiben. Für die nächsten Jahre nahm freilich seine Thätigkeit in der Wechselcommission und die mit dieser zusammenhängende Ausarbeitung eines Lehrbuches des nordischen Wechselrechtes seine Zeit in Anspruch, welches letztere unter dem Titel „Den nordiske Vexelret fremstillet paa Grundlag af de danske, norske og svenske Love af 7. Maj 1880“ (Kopenhagen 1882) erschien; nach Erledigung dieser Arbeit aber, die von sehr hervorragendem Werthe ist, kehrte er sofort zu dem Obligationenrecht zurück, um nun ausgiebiger an dieses Hand anzulegen. Da er für zweckmäßig hielt, den speciellen Theil des Obligationenrechtes vor dem allgemeinen einer selbstständigen Bearbeitung zu unterziehen, ließ er zunächst nur als vorläufigen Ersatz für diesen letzteren unter dem Titel: Den norske Obligationsrets almindelige Del“ (Christiania 1887) eine umgearbeitete und vermehrte Ausgabe einiger Abschnitte des Hallager'schen Werkes ausgehen, welche jedoch jener früheren neuen Ausgabe gegenüber ein weit erheblicheres Maß von Selbstständigkeit zeigt, und als ein vollkommen originales Werk tritt der nunmehr folgende specielle Theil des Obligationenrechts auf, dessen erster Band im Jahre 1890 erschien: „Den norske Obligationsrets specielle Del I“ (Christiania). Leider blieb auch dieses Werk unvollendet. Der erwähnte erste Band desselben behandelt die Schenkung, Kauf und Verkauf, Tausch, Sachenmiethe, das Leihgeschäft, die Versorgungsverträge, das Aufbewahrungsgeschäft, endlich den Wechsel, die kaufmännische Anweisung und den Check. Im Jahre 1894 folgte sodann der dritte Band, welcher anhangsweise das Protokollirungs- und Registrirungswesen behandelt und welcher auch den Nebentitel trägt: „Det norske Thinglysnings- og Registreringsvaesen“; als eine Vorarbeit für diesen Band hatte aber die vortreffliche Geschichte der Grundbücher in Dänemark und Norwegen, sowie theilweise in Deutschland gedient „Grundbögernes Historie i Norge, Danmark og tildels Tyskland“; Christiania, welche hier um so mehr hervorgehoben werden muß, weil sie auch zur Geschichte unserer deutschen Grund-

Digitized by Google

bücher, und speciell der Grundbücher unserer Stadt München, viel Werthvolles bringt. Von dem zweiten Bande dagegen ist nur das erste Heft im vorigen Jahre erschienen, welches die Werkverdingung und die Dienstmiethe, dann die Vollmacht und den Anfang der Bürgschaft behandelt; wieweit für den Ueberrest des zweiten Bandes, mit welchem das Werk schließen sollte, annähernd druckreife Vorarbeiten vorhanden sind, weiß ich nicht anzugeben, — zu bedauern wäre es aber, wenn auch diese treffliche Arbeit des Dahingegangenen ein Torso bleiben sollte![1])

Bedeutend, wie die literarischen Leistungen A.'s waren, wurden sie doch noch überwogen durch die persönliche Bedeutung des Mannes. Ein fester, geschlossener Charakter war diesem eigen, aber ohne die Starrheit und Schroffheit, welche sich so häufig mit einem solchen verbindet. Tief religiös angelegt und ein treues Mitglied seiner Kirche, war er doch frei von jedem Fanatismus und jeder Feindseligkeit gegen Andersgläubige. Ein strammer Parteimann und unerschütterlich in seinen politischen Ueberzeugungen, verleugnete er doch auch seinen Gegnern gegenüber nicht seine persönliche Liebenswürdigkeit, sowie die Geradheit und Offenheit seiner Haltung, und er war darum auch bei ihnen trotz aller Verbissenheit der Parteikämpfe geehrt und geachtet. Seinen Freunden aber, und zu diesen zählte zumal auch die gesammte studirende Jugend, war er in Freude und Leid ein treuer Genosse, stets bereit zu rathen und zu helfen, wo es noth that, opferwillig und sorgsam wie Wenige. Ein dankbares Gedächtniß wird ihm in weiten Kreisen erhalten bleiben. Möge ihm die Erde leicht sein!

München, den 23. März 1896.

K. Maurer.

---

[1] Ein vollständigeres, aber freilich nur bis zum Jahre 1880 reichendes Verzeichniß auch der kleineren Schriften A.'s gibt Halvorsen I, S. 135 bis 140; Einzelnes bieten auch die Nekrologe, welche „Morgenbladet" und „Aftenposten" in ihren Abendnummern vom 5. Februar bringen.

Digitized by Google

II.

Rechtsgeschichte.

1. Dr. Arnold Luschin von Ebengreuth, Professor der Rechte an der k. k. Universität zu Graz. Oesterreichische Reichsgeschichte (Geschichte der Staatsbildung, der Rechtsquellen und des öffentlichen Rechts). I. Theil. Die Zeit vor 1526. Bamberg, C. C. Buchners Verlag (Inhaber Rudolf Koch) 1895. 324 S. 8°.

Durch das Gesetz vom 20. April 1893 (österr.) R.G.Bl. Z. 68 wurde die „Oesterreichische Reichsgeschichte (Geschichte der Staatsbildung und des öffentlichen Rechts)" als Pflicht- und Prüfungsfach erklärt. Es soll damit offenbar der Anfang gemacht werden mit einer intensiveren Pflege der österreichischen Reichs- und Rechtsgeschichte oder besser einfach einer österreichischen Rechtsgeschichte. Es ist hier nicht der Ort, die wissenschaftlichen Bedenken zu untersuchen, die einer derartigen Gebietsabgrenzung entgegenstehen. Eine selbständige Wissenschaft kann die österreichische Rechtsgeschichte, oder wie immer man sie nennen mag, niemals werden[1]). Dazu fehlt ihr die eigenartige Ursprünglichkeit sowie die innere Einheit. Doch muß andererseits hervorgehoben werden, daß eine regere Beschäftigung mit der Geschichte des Rechtes in Oesterreich, als sie die leider nunmehr verkürzte[2]) deutsche Rechtsgeschichte zu bieten im Stande war, sowohl der

[1]) Vgl. H. Brunner in Rechtsforschung und Rechtsunterricht auf den deutschen Universitäten, herausgeg. von O. Fischer, Berlin 1893 S. 44 über die preußische Rechtsgeschichte.

[2]) Wie wohlthätig hätte da die Einführung der allgemeinen Lehren des deutschen Staatsrechts wirken können.

Digitized by Google

allgemeinen rechtswissenschaftlichen Ausbildung sehr zu Gute kommen kann, als auch praktisch werthvoll sich erweisen dürfte. Der Rechtsbeflissene findet hier nämlich, abgesehen von einigen außerdeutschen Elementen, gleichsam einen Mikrokosmus der allgemeinen deutschen Rechtsgeschichte: Die von dieser gewonnenen allgemeinen Lehren in ihrer besonderen Erscheinung, einen Theil des realen deutschen Rechtslebens, und zwar jenen Theil, in den er selbst durch seine Geburt als empfangend und zeugend hineingestellt worden.

Heute haben wir es vorläufig mit der Geschichte der Staatsbildung und des öffentlichen Rechts zu thun. Unzweifelhaft bedarf unser Gebiet der eifrigen Mitwirkung von Historikern und Juristen. Die Ersten säen, wir ernten; — ein Prozeß bedingt durch die fortschreitende Spezialisirung der Wissenschaften. Zuletzt müssen wir dann doch wieder unsere Erzeugnisse dem Historiker und Geschichtsphilosophen abgeben, der sie mit anderen Errungenschaften zu jener höheren Einheit verbindet, die als „Geisteswissenschaft" dem „erhabenen Problem der Selbsterkenntniß der Menschheit" in höherer Instanz zu dienen bestimmt ist. Für die neue, „im Verordnungswege geschaffene" [1]) Disziplin sind nun auch plötzlich Lehrbücher nothwendig geworden. Wir besitzen bereits die Arbeiten von Werunsky (1. Heft), Huber, v. Luschin (1. Theil), Bachmann (1. Theil) — jede tüchtig in ihrer Art. Daneben eine umfangreiche Urkundensammlung, herausgegeben von E. Freiherrn v. Schwind und A. Dopsch. Das Werk von Luschins, der schon so manchen grundlegenden Beitrag zu unserem Thema geliefert und der bereits früher an der juridischen Fakultät über österreichische Reichs- und Rechtsgeschichte gelesen hat, weist ganz besondere Vorzüge auf. Der Herr Verf. ist Historiker und Jurist zugleich. Der zweite Theil, der auch die Vorrede enthalten soll, steht zwar noch aus, doch gestattet das, was jetzt schon vor-

[1]) F. v. Krones in der Besprechung von Hubers Oesterreichischer Reichsgeschichte, Deutsche Literaturzeitung 1896 Nr. 13 Sp. 398.

Digitized by Google

liegt, eine selbständige Besprechung. Die Neuheit des Gegenstandes und Trefflichkeit des Buches rechtfertigt wohl eine weitläufigere Berichterstattung als sonst für Lehrbücher üblich.

Vor Allem ist beifällig zu bemerken, daß v. L. jeweils auch den Rechtsquellen eine besondere Behandlung zu Theil werden läßt. Sie gehören zwar nicht in den gesetzlichen Plan, greifen auch zum guten Theil über die Quellen zur Geschichte der Staatsbildung und des öffentlichen Rechts hinaus. Ihre Vorführung scheint mir aber andererseits für ein akademisches Lehrbuch — da doch damit auch gearbeitet und nicht blos daraus memorirt werden soll — nicht nur wünschenswerth, sondern unerläßlich, umsomehr als in den Vorlesungen über deutsche Rechtsgeschichte auf die hier in Betracht kommenden Geschichtszeugnisse nicht so detaillirt, vielfach überhaupt nicht eingegangen werden kann. Sonst ist in der äußeren Anlage noch die ausführliche und juristisch klare Behandlung des öffentlichen Rechts, das ja doch die Hauptsache ist und worunter auch die sozialen und wirthschaftlichen Verhältnisse gestellt werden, rühmend hervorzuheben. In der nächsten Auflage lassen sich vielleicht auch einige Kärtchen anbringen. Auch ein Verzeichniß der Abkürzungen würde sich empfehlen.

Was nun den Inhalt des Buchs betrifft, so wird vor Allem in der Einleitung treffend betont, daß unser Kaiserreich nicht auf einheitlicher nationaler Grundlage erwachsen, sondern ein künstlicher Bau sei, das Ergebniß zielbewußter Thätigkeit des Herrscherhauses. Mit einer staatsrechtlichen Frage trat Oesterreich in die Geschichte; an die richtige Lösung derselben hat sich sodann die ganze Entwicklung des Reichs gehängt. So ist also die Geschichte Oesterreichs nicht so sehr eine Volks- oder Landesgeschichte als eine Staatsgeschichte, die sich als Resultirende der dynastischen und nationalen Bestrebungen charakterisirt (S. 2). Demgemäß darf auch der Herr Verf., wie dies auf unserem Gebiet allgemein üblich ist, den ganzen Verlauf nach bestimmten Jahren eintheilen; wir haben es immer mit bestimmten juristischen Thatsachen zu

Digitized by Google

thun, die mit einem Ruck das jeweilige staatsrechtliche Gebilde verändern.

Die Gesammtgeschichte Oesterreichs zerfällt L. naturgemäß in zwei Theile geschieden durch das Jahr 1526. Bis dahin führen Altösterreich, Böhmen und Ungarn im Ganzen ein getrenntes Leben, dem auch durch getrennte Darstellung Rechnung getragen wird. Die Geschicke Böhmens und Ungarns bis 1526 werden in besonderen Anhängen abgehandelt; leider — und dies meine ich besonders hinsichtlich Böhmens — zu kurz. Wohl ist Altösterreich das Kernland, doch sind die böhmischen Länder ein so bedeutender und eigenartiger Faktor in unserer Geschichte, daß sie eine eingehendere Beleuchtung verlangen, soll nicht ein falsches Bild erzeugt werden. Die selbständigeren ungarischen Länder hingegen mögen die summarische Behandlung wohl vertragen. Gegen die Vernachlässigung Dalmatiens (das nur bei den Rechtsquellen und gelegentlich im Anhang II erwähnt wird) in unserem Lehrbuch ist nicht viel einzuwenden. Polen wird wohl zweckmäßig erst gelegentlich seiner Angliederung an Oesterreich behandelt werden.

In dem I. Theil sondert der Herr Verf. die Vorgeschichte (I. Periode) sehr treffend bis 976[1]) von der Zeit des Mittelalters, vornehmlich charakterisirt durch die allmähliche Entwicklung der Territorialhoheit. Bei der Untertheilung, falls eine solche überhaupt beliebt wird, dürfte sich außer dem vorgeschlagenen Todesjahre Kaiser Friedrichs III. (1493) vielleicht auch noch eine besondere Berücksichtigung des Privilegium Minus (1156) als Wendepunktes und damit eine Dreitheilung des Mittelalters empfehlen.

Der II. Theil soll durch das Aussterben des habsburgischen Herrscherhauses im Mannesstamm (1740) in zwei Perioden zerfallen. Diese Caesur, die auch von sämmtlichen Bearbeitern unseres Themas vorgenommen wird, ist durch das Zustandekommen und

[1]) Das Jahr 771, besonders aber 955 hat bloß historische Bedeutung.

Digitized by Google

die Wirksamkeit der pragmatischen Sanktion selbstverständlich. Die endliche Begränzung des Stoffes aber durch das Jahr 1848 oder 1867, wie sie Verf. äußersten Falls zugestehen will[1]), scheint mir nicht empfehlenswerth. Ich möchte sogar (mit Bachmann) über das von Huber vorgeschlagene Jahr 1879 hinausgehen. Aus wissenschaftlichen und praktischen Gründen. Die Rechtsgeschichte soll „in die Gegenwart ausmünden", denn die Gegenwart ist ein Theil der Geschichte. Unsere Reichsgeschichte hat nicht bloß die Aufgabe, vergangene Phasen dem beschauenden Auge vorzuführen, sondern sie soll den Staat als einen historischen Organismus aufweisen, die Zusammenhänge von heute und gestern klarlegen und zugleich die wissenschaftliche Grundlage für die Anschauung schaffen, daß die Zukunft nur auf dem historischen Boden gedeiht und daher vernünftiger Weise auch nur da gesäet werden kann. Dazu kommt das didaktische Interesse. Wie ungleich höher wird der Eifer des Studirenden, wenn er ein lebendiges Bild von Oesterreich in seiner Entwicklung erhält, statt daß man ihm eine abgeschlossene Entwicklung Oesterreichs, als Gipfel der Mühen eines ganzen Semesters ein Oesterreich von dazumal bietet und dabei die höchst gefährliche Idee weckt, das sei nun alles Alterthumskram gewesen und man hätte nun bloß mit einigen einleuchtenden theoretischen Dogmen ausgerüstet ein neues Oesterreich oder sonst was zu konstruiren. Die Gefahr, allzusehr in schwebende politische Fragen hineinzugerathen, wie sie bei der Darstellung der allgemeinen Geschichte droht, besteht für uns nicht. Ist doch das geltende Recht selbst bevorzugter Gegenstand der Universitätslehre. Die Rechtsgeschichte muß zugleich ein Mittel politischer Bildung werden. Und thatsächlich gehen auch die Darstellungen der hervorragendsten Lehrer der deutschen Rechtsgeschichte: Brunners (bei Holtzendorff), Schröders, Siegels, Schultes bis in die allerneueste Zeit.

[1]) Bis 1867 will auch E. Werunsky gehen.

Digitized by Google

Wie praktisch die Berücksichtigung heutiger Verhältnisse ist, zeigt der Herr Verf. selbst z. B. im § 3: Land und Leute. Treffend ist da auch die deutsche Kolonisation geschildert[1]), die zunächst die fehlende Landwirthschaft, später die mangelnde Gewerbe-, Handels- und Geldwirthschaft ins Land brachte. Das Egerland betreffend wäre zu bemerken, daß es wohl eine originäre deutsche und zwar fränkische Bevölkerung gehabt habe, daß aber auch dieses Gebiet wie die oberen Mainlande einst durch slavische Einwanderer infiltrirt war. — Die Juden werden in Böhmen als Händler mit Naturprodukten und christlichen Sklaven schon im 10. Jahrhundert genannt[2]).

Die Einleitung wird durch eine anschauliche Schilderung der österreichischen Lande unter der römischen Zivil- und Militärverwaltung geschlossen.

Erster Theil.

I. Periode: Vom Sturz der Römerherrschaft bis zum Jahre 976.

Der einführende geschichtliche Ueberblick (§ 5) schildert den Untergang der römischen Herrschaft in Pannonien und Norikum durch den Strudel der Völkerwanderung; die Besiedlung dieser Gebiete und der Sudetenländer durch die Slaven als friedliche, ackerbautreibende Unterthanen der gefürchteten Avaren, deren Befreiung und vorübergehenden Aufschwung unter dem Franken Samo; das Vordringen der Baiern, zunächst selbständig dann unter fränkischem Kommando; die Zertrümmerung des Avarenreiches; schließlich die karlische Ordnung: Die Errichtung der nördlichen Mark

[1]) Vgl. bes. die greifbare Darstellung der Endosmose S. 9 Anm. 4, S. 13, 56 f., 58 f., 251 a. E. und sonst.

[2]) J. E. Scherer, Uebersicht der Judengesetzgebung in Oesterreich vom 10. Jahrhundert bis auf die Gegenwart (Separatabdruck aus dem Oesterreichischen Staatswörterbuch von Mischler und Ulbrich) S. 10.

Digitized by Google

im Ostlande, der südlichen friauler Mark, daneben den Anschluß des istrischen Dukats. Hierauf wird die Divisio imperii von 817 und die wachsende Bedeutung Karantaniens gewürdigt, in dessen Herzog Arnulf zum letzten Male die karolingische Herrscherkraft aufflackert. Der Fall des großmährischen Reichs beschleunigt die Magyarennoth; nach der mörderischen Schlacht an der Donau (907) ist besonders die Ostmark (von Ennsburg ab) den feindlichen Raubzügen preisgegeben. Erst durch die Schlacht auf dem Lechfeld (955) wird wieder Luft gemacht für das Vorrücken des deutschen Elementes nach dem Osten: Die Ostmark wird hergestellt, in Karantanien werden wieder Markgrafen genannt. Durch die Abtrennung der Ostmark von Baiern und deren Verleihung an Leopold von Babenberg wird diese Periode beschlossen.

Als Rechtsquellen bis zum Schluß des 10. Jahrhunderts werden die Volksrechte (§ 6) und die Formelbücher und Urkunden (§ 7) eingehend behandelt. Die Lex Baiuwariorum sieht der Herr Verf. mit den Aelteren und nun besonders mit Brunner, Gengler, R. Schröder als einheitliche Satzung[1]), entstanden in den Jahren 744—748 an; hinsichtlich der Autorschaft der Pariser Fragmente des Westgotenrechts schwankt er trotz der Ausführungen Brunners R.G. I 320 und K. Zeumers in dessen Leges Visigothorum antiquiores (1894) S. VIII ff. noch immer zwischen Rekkared (586—601) und Eurich (466—484). Die Nachrichten der Chronisten, daß Kaiser Heinrich III. den Ungarn auf ihre Bitten die Lex Baioarica und die scita Teutonica verstattet habe (vgl. hiezu Hanel in Grünhuts Zeitschrift XX 400 ff.), werden dahin abgeschwächt, daß es sich dabei blos um Landfriedensbestimmungen handle, die damals in Baiern galten und die für das vom Bürgerkriege zerfleischte Ungarn von unmittelbarer Anwendbarkeit waren (S. 32 f., siehe auch S. 322 Anm. 19). Von der Wirksamkeit der Lex Baiuwariorum werden bis in's 13. Jahr-

[1]) Gegen die hauptsächlich von Roth, Merkel, auch Siegel (Rechtsgeschichte S. 36) vertretene Ansicht mehrfacher Satzung.

Digitized by Google

hundert Spuren aufgewiesen; dann wird die Fortbildung des Rechts durch Landes- und Reichsgesetzgebung behandelt. Für Pactus und Lex Alamannorum, die bei uns in Vorarlberg und im nordwestlichen Theile Tirols gegolten haben[1]), werden die Resultate K. Lehmanns und H. Brunners acceptirt. Die Vermuthung, im Pactus Alamannorum wären möglicherweise die von Agathias erwähnten volksthümlichen Gesetze der Alamannen erhalten, dürfte kaum richtig sein. Agathias gedenkt dieser volksthümlichen Ordnungen bei der Erzählung der Begebenheiten des Jahres 552; jedenfalls ist er selbst um das Jahr 580 gestorben. Er charakterisirt die Zeit dieser alamannischen Ewa durch fränkischen Zuschnitt von Verfassung und Verwaltung einerseits, durch Festhalten an dem hergebrachten schwäbischen Heidenthum andererseits[2]). Dies alles paßt nicht für unseren Pactus, der die Freilassung in ecclesia kennt und nach Allem frühestens in den Ausgang des sechsten Jahrhunderts zu verlegen ist. Die langobardischen Rechtsquellen, die namentlich in den Gebieten der Kirchenfürsten von Trient und Aquileja die Rechtsbildung nachhaltig beeinflußt haben, das römische Vulgarrecht, die Lex Romana Curiensis, die ostgotischen Verfügungen, zumal für Südtirol von Bedeutung, werden gebührend gewürdigt, das Fehlen echter slavischer Quellen vor dem Jahre 1000 konstatirt.

Nun folgt eine reichhaltige Darstellung des öffentlichen Rechts bis zum Jahre 976 (S. 40—81). Da wird zunächst die Stellung

[1]) S. 29 wird wohl irrthümlich vom schwäbischen Recht gesagt, es komme (nebst dem baierischen) für den größten Theil der österreichischen Alpenländer in Betracht.

[2]) Agathias Ἱστορίαι I 7 bei Migne Patrologia Bd. 88 Sp. 1294: Νόμιμα δὲ αὐτοῖς (nämlich Ἀλαμανοῖς) εἶσι μὲν που καὶ πάτρια, τὸ δὲ γε ἐν κοινῷ ἐπικρατοῦν τε καὶ ἄρχον τῇ Φραγγικῇ ἕπονται πολιτείᾳ, μόνα δὲ γε ἐς Θεόν αὐτοῖς οὐ ταὐτά ξυνδοκεῖ. Sie verehren Bäume, Wasserfälle, Hügel und Haine und diesen opfern sie Pferde und Rinder. Bachmann, Lehrbuch der öst. RG. I 19 sieht in dem vorstehenden Berichte unter Hinweis auf das Todesjahr des Verfassers und Brunners Datierung des Paktus eine Erwähnung „nicht aufgezeichneter oder verlorener Gesetze".

Digitized by Google

des Agilolfingerherzogs nach der Lex Baiuwariorum erörtert (§ 8): dessen Erbfolge, Wahl und königliche Ordination und Absetzbarkeit, Heerbann, Gerichtsbann, Recht der Gesetzgebung mit den Großen und theilweise selbst mit dem Volke, die Theilbarkeit des Herzogthums, die herzoglichen Einnahmsquellen: Grundbesitz, Zölle, Strafgelder, Fronungen, Kaducitäten, Wergelder für Sippelose. Es dürfte aber wohl auch gerathen sein, die erste Entstehung und Entwicklung des bairischen Stammesherzogthums [1]) vorher mit einigen Worten hervorzuheben und so einen noch engeren Anschluß an die allgemeine deutsche Rechtsgeschichte herzustellen. Hierauf werden das Ende des bairischen Stammesherzogthums und die Ansätze des neuen deutschen Herzogthums in Baiern besprochen: dessen vorwiegend militärische Wurzel bloßgelegt, dann der Machtzuwachs gelegentlich der Auflösung des Reichs, die Politik König Heinrichs I. und die energische Betonung des Amtscharakters durch Otto den Großen aufgewiesen. Hieran reiht sich die Darstellung der Verwaltungsorganisation der österreichischen Alpenländer (§ 9): Die Mark Friaul (im Jahr 828 in vier Grafschaften getheilt) und als Nebenland Baierns die Ostmark, zunächst — aber nicht sehr lange — unter der Oberleitung des pannonischen Obergrafen. Durch Hinweis auf die Zollenquête von Raffelstetten (906) und mehrere Volksversammlungen wird das administrative und judicielle Leben der Mark illustrirt. Ein Absatz über die Stellung der Kirche in Baiern (§ 10) behandelt zunächst die Schicksale des Christenthums in den norischen und pannonischen Gebieten, die greifbar an die Gestalten der Heiligen: Severin, Ruprecht, Emmeram, Korbinian, Bonifaz angeknüpft werden, und in der Errichtung der vier bairischen Bischofssprengel (739), deren Gliederung in Archidiakonate und Pfarreien (799) und der Erhebung Salzburgs zum Erzbisthum (798) ihre

[1]) Vgl. Brunner, Deutsche Rechtsgeschichte I 127 (v. Luschin S. 69 f.) 189, II 155, 157 ff.

Digitized by Google

Krone erhalten. Die Christianisirung des Avarenreichs durch Salzburg und Passau; der Konflict des Ersteren mit Aquileja; die Bekehrung Mährens durch Deutsche und die Organisation einer mährischen Nationalkirche durch die griechischen Sendboten Cyrillus und Methodius werden ins richtige Licht gesetzt. Die hochgeachtete und einflußreiche Stellung der bairischen Kirche wird an dem erhöhten Wergeld der Geistlichen[1]) und Mönche, der Unverletzlichkeit des Gotteshauses, dem Asylrecht und dem Vordringen der kirchlichen Gerichtsbarkeit[2]) aufgewiesen. Ob den Agilolfingen das ausschließende Recht, die Bisthümer zu besetzen, zugestanden habe (S. 55), möge dahingestellt bleiben. In dem Literaturverzeichniß könnte auch noch Haucks Kirchengeschichte stehen. — Lebendig ist die Schilderung der wirthschaftlichen Zustände vor dem Jahre 1000 (§ 11). Mit dem Niedergange des römischen Reichs trat — da die Einwohner auswanderten — ein Rückschlag zur alten Uncultur ein. Erst der bairische Volksstamm hat, aus seinem festen Wohnsitze überfließend, langsam das Land bevölkert und urbar gemacht. Die einheitliche und decentralisirte Bewirthschaftung des Großgrundbesitzes, der den Agilolfingen, den bairischen Adelsgeschlechtern und insbesondere den arbeitsamen geistlichen Genossenschaften zugefallen war, hat diese Aufgabe gelöst. Von den Karolingern wurde diese Function des Großgrundbesitzes nach dem Sturze der Avarenherrschaft und neuerdings wieder von den deutschen Königen nach der erlösenden Lechfeldschlacht in planmäßiger Weise ausgenützt. Der Schluß unseres Paragraphen entwirft ein Bild von Haus und Hof, Land- und Forstwirthschaft, Jagd, Gold-, Eisen- und Salzgewinnung, Ge-

[1]) Die solidi auro adpretiati sind Goldschillinge, aber auch die anderen Ansätze sind in Goldschillingen zu berechnen; vgl. Soetbeer in den Forschungen zur Deutschen Geschichte II 336. Schröder, Rechtsgeschichte S. 185 Anm. 5.

[2]) „Ut sit sententia vestra Dei sale condita“ und „ne judices terreni propter premias causas torquantur et innocentes obprimantur aut nocentes justificentur.“

Digitized by Google

werbe, Handel und Münzwesen unter Anführung reicher interessanter Belegstellen. Die Literaturnachweise wären hier etwa noch durch Brunners Abhandlung über die Landschenkungen der Merowinger, jetzt in dessen Forschungen zur Geschichte des deutschen und französischen Rechts 1894, Brunners R.G. I §§ 25—27 und Schröders R.G. §§ 26, 28 zu vervollständigen. — Endlich wird eine eingehende Besprechung den Nationalitäten und Ständen zu Theil (§ 12). Betreffend das geringere Wergeld der Provinzialen verweise ich auf Brunners RG. II 614, wo die Auffassung, als ob durch das niedrigere Wergeld der Römer zurückgesetzt erschiene (Brunner, R.G. 227), berichtigt wird. Die Provinzialen haben nach dem römischen Vulgarrecht, insbesondere (seit dem 9. Jahrhundert) nach der Lex Romana Curiensis gelebt[1]). Die Angehörigen der germanischen Völkerschaften, die im Staate Aufnahme gefunden hatten, dürften (seit dem Eindringen des fränkischen Einflusses) nach ihrem Geburtsrecht behandelt worden sein[2]). Die Fremden, also namentlich die Slaven[3]), dürften zunächst schutzlos, dann nach dem Rechte ihres Schutzherrn, also insbesondere des Langobardenkönigs oder des bairischen Herzogs, die Juden im Verkehr mit den Einheimischen nach der Lex loci[4]) gelebt haben. Zur Besprechung der ständischen Verhältnisse nach Baiernrecht wäre zu bemerken, daß die Behauptung, das Wergeld des Vollfreien habe ursprünglich 80 Schillinge betragen, nicht genügend fundirt erscheint. Die Lex Baiuwariorum bestimmt (IV 28) als Wergeld des Freien „bis 80 sol., hoc sunt 160“. Diese Redeweise ist wohl noch kein genügendes Argument. Und daß etwa die Handbuße das halbe Wergeld sein müßte, ist nichts weniger als unbestreitbar[5]). Als Eigenthümlichkeit der alt-

[1]) Brunner, RG. I 362, 363. v. Luschin S. 37.
[2]) Brunner, RG. I 260, 273 ff.
[3]) Brunner, RG. I 261. [4]) Vgl. Brunner, RG. I 275.
[5]) Quitzmann, Die älteste Rechtsverfassung der Baiwaren (1866), sagt S. 280: „Wir haben noch ein Paar Stellen in unserem Gesetzbuche,

Digitized by Google

bairischen Adelsgeschlechter vor der breiten Masse der Vollfreien wird ihr höherer Güterbesitz und das doppelte Wergeld richtig hervorgehoben. Dagegen ist es nicht zu billigen, wenn die „dos“ in Lex Baiuwariorum VIII 14 nicht als pretium puellae, Witthum oder derart[1]), sondern als Mitgift aufgefaßt wird. Die rechtlich strenge, factisch aber vernünftig menschliche Stellung der unfreien Knechte, insbesondere der kirchlichen, die Wirkungen der Freilassung, die trichotome Ständegliederung des alamannischen und langobardischen Rechts, die allmähliche Absorption der romanischen und slavischen Bevölkerung wird anschaulich vorgeführt. Ebenso die Zersetzung der alten Standesverhältnisse seit der Wende des VIII. und IX. Jahrhunderts durch persönliche Kommendation an den Herzog (nach fränkischem Muster) und an mächtige Große (zum Ersatz für den schwindenden staatlichen Schutz), als deren Folge die Auswechslung des alten Adels durch den Dienstadel und ein Auffaugen des freien Bauernstandes, zugleich aber auch wieder eine Hebung der bisher niederen Elemente und damit die Ausbildung des mittelalterlichen Standes der Hörigkeit erscheint.

II. Periode: Vom Regierungsantritt der Babenberger bis zum Tode Kaiser Friedrichs III. (976—1493).

Hier bietet der Herr Verf. zunächst in zwei besonderen Abschnitten „die Grundlagen der territorialen Entwicklung“ und eine „geschichtliche Uebersicht“ der Periode. Der erste Abschnitt bespricht

in denen das Erlegen des großen Friedensgeldes von 40 Sol. als ein solcher Wiederkauf von Leib und Leben erscheint“, und zitirt L. Bai. II 6: cum 40 sol. redimat manus (!) suas und II 11: redimat eum (einen Knecht!) cum 40 sol. Auch die 40 Schillinge für Grabschändung in XIX 1 sind eine Handbuße. Ueber II 6 siehe meine Verbrechensconcurrenz in den Volksrechten S. 266 Anm. 54. Betreffend L. Bai. XIX 1 hat sich daselbst S. 64 f. leider ein Versehen eingeschlichen; das baierische Recht ist dort dem schwäbischen anzuschließen und XIX 4 zu streichen.

[1]) Vgl. nun S. Adler, Eheliches Güterrecht und Abschichtungsrecht nach den ältesten bairischen Rechtsquellen (1893) S. 65 ff.

Digitized by Google

die (nicht durchgreifende) Eintheilung des deutschen Landes in Gaue, slavischer Gegenden in Dekanien, die Bedeutung der langobardischen und byzantinischen Städte, endlich die in unseren Ländern sehr allmählich eingetretene Auflösung der Gauverfassung und wendet sich sodann der Bildung der einzelnen Territorien zu (§§ 14—16): Im Jahre 1156 wird aus der alten Ostmark und einigen bairischen Gebieten das Kernland unseres Reichs als Herzogthum Oesterreich geschaffen. Neben dem Herzog behaupten sich aber noch die geistlichen (Passau, Salzburg, Regensburg, Freising) und weltlichen Herren, von denen die Letzteren namentlich im XIII. Jahrhundert aussterben und aufgesogen werden, bis endlich durch die Anerkennung des Privilegium Majus von Seiten des Reichs (1453) auch die letzten weltlichen und geistlichen Enclaven ihre Reichsunmittelbarkeit verlieren. Aehnlich wie Oesterreich wird mit dem Ende des X. Jahrhunderts auch das Herzogthum Karantanien von Baiern abgetrennt. Auf diesem Boden entwickelt sich neben dem eigentlichen Herzogthum Kärnten (das 1335 durch Mannfall an das Reich und durch Belehnung an die Habsburger gelangt), die Steiermark (1180 Herzogthum, 1192 an die Babenberger) und Krain (1335 an die Habsburger, von denen Rudolf IV. den Titel eines Herzogs von Krain annimmt) sowie zahlreiche Enclaven der Hochstifte Salzburg, Bamberg, Freising, Brixen, Aquileja und weltlicher Dynasten, darunter besonders die Grafen von Cilli, deren Geschlecht aber 1456 ein plötzliches Ende findet. Auch Istrien hängt zunächst von Baiern ab, wird aber im XI. Jahrhundert abgetrennt und gelangt sodann theilweise (1374, Fiume 1471) an Oesterreich, theilweise, bis zum Frieden von Campo Formio, an Venedig. In Triest spielt sich die allgemeine deutsche Stadtgeschichte ab: zunächst Befreiung von dem bischöflichen Stadtherrn (1253) und nachmals Unterwerfung an Oesterreich 1382. Görz erwirbt nach Degenerirung des heimischen Grafengeschlechts auf Grund von Erbverträgen Kaiser Max (1500). In Tirol, wo auch die Stifter Salzburg, Chur, Regensburg, Freising, Bamberg, Augsburg reichen

Digitized by Google

Besitz hatten, erlangten die Bisthümer Trient und Brixen die Reichsunmittelbarkeit, gaben aber ihre Gebiete in die Hände ihrer Vögte, der Grafen von Tirol, so daß diese und nach ihnen die Görzer, endlich Rudolf IV. (1363) zur Landeshoheit gelangten. Die ehemals reichsunmittelbaren Herrschaften vor dem Arlberge wurden von den Habsburgern seit 1375 stückweise, meist durch Kauf erworben. Das Erzstift Salzburg erhielt namentlich 1178 die plena iurisdictio auf allen seinen Besitzungen; doch gelangten die österreichischen Enclaven unter die Landeshoheit Kaiser Friedrichs III. und Ferdinands I., während das Stammland zuerst 1805 mit Oesterreich vereinigt wurde.

Die geschichtliche Uebersicht behandelt zunächst die Zeit der Babenberger (976—1246): Die Konsolidirung ihrer Herrschaft seit Kaiser Heinrich III., ihre Einführung in Baiern, den friderizianischen Freiheitsbrief von 1156, den Erwerb des Herzogthums Steiermark (1192) und vieler anderer Herrschaften, schließlich den stürmischen Aufschwung und das jähe Ende Herzog Friedrichs des Streitbaren. Sodann folgt (§ 18) eine klare, präzise Darstellung der verworrenen Verhältnisse des Zwischenreichs (1246—1282). Dabei acceptirt der Herr Verf. (auch S. 153, 157) hinsichtlich der Frage nach der Succession in die babenbergischen Reichslehen den von Ficker[1]) in glänzender Argumentation dargelegten Rechtsstandpunkt: durch das Privileg von 1156, jedenfalls aber durch die Bestätigung von 1245 sei Oesterreich ein Weiberlehen geworden, doch ohne die dem deutschen Lehenrecht unbekannte Erbfolge der Kollateralen, wie sie in Italien, Burgund, Frankreich gegolten hat; somit sei das Herzogthum im Jahre 1246 dem Reiche ledig und vom Kaiser Friedrich II. mit Recht als heimgefallen behandelt worden. Ich glaube, in dieser Frage wird der Rechtshistoriker zu bedenken haben, daß jeder rechtlich relevante Thatbestand nicht bloß der Beurtheilung nach dem geltenden Recht

[1]) Wiener Sitzungsberichte Bd. 23 S. 491 ff.

Digitized by Google

unterliegt, sondern zugleich ein neues rechtsschöpferisches Element enthält. Das Privilegium Minus, das sich dem Buchstaben nach nur auf die erste Generation Heinrichs und Theodoras bezieht, ist ein Glied in der Kette der thatsächlichen bisherigen und nachfolgenden Successionen der Babenberger. So liegen denn bereits vor dem Jahre 1245 nicht bloß Thatsachen, sondern auch Keime einer Regel vor, der nämlich, daß die babenbergische Herrschaft als erbliches Weiberlehen gelte. Das ist auch die Auffassung des Gunstbriefs von 1245, worin das alte Privileg erneuert und vollinhaltlich bestätigt wird. Die seinerzeitige Argumentation Chmels: zwei Mal Null sei doch wieder Null[1]), findet hier ihre Widerlegung; es ist eben nicht Null, was bestätigt wird. Berücksichtigt man nun aber auch die Geltung des Kollateralenerbrechts in den tonangebenden romanischen Lehenrechten, so wird man auch die Ansprüche der babenbergischen Seitenverwandten nicht als aller rechtlichen Keime baar hinstellen können[2]). Mit diesen Differentialen des Rechts haben die unermüdlichen stolzen Pläne Kaiser Friedrichs II. vor der Schlacht an der Leitha, hat das abenteuerlustige Stauferblut des Przemysliden Ottokars II., die verschlagene Erwerbssucht Belas, der Rechtssinn König Rudolfs, als er die Heunburgischen Ansprüche ablöste (1279), gerechnet.

Endlich behandelt der etwas langathmige § 19 (S. 115 bis 129) die geschichtlichen Ereignisse von Herzog Albrecht I. bis zum Ausgange des Mittelalters (1282—1493). Eine mehr konstruktive Darstellung würde ich im Interesse der Rechtshörer, für die das Buch bestimmt ist, sehr befürworten. Diese Darstellung hätte natürlich in Rudolf IV. ihre Peripetie, mit seinem Tode

[1]) Daselbst S. 520 ff.

[2]) Man muß deshalb noch nicht die Ausführungen Berchtolds, Die Landeshoheit in Oesterreich nach den echten und unechten Freiheitsbriefen (1862) S. 45 ff., der für die fertige zweifellose Erbberechtigung der Kollateralen eintritt, annehmen. Vgl. auch Waitz, Götting. Gel.-Anz. 1862 S. 1536 f., jetzt Abhandlungen zur deutschen Verfassungs- und Rechtsgeschichte, herausgegeben von Karl Zeumer, 1896 S. 554 f.

Digitized by Google

die Katastrophe (wie sie S. 123 Nr. 9 zusammengefaßt wird) zu finden. Durch stellenweise Anwendung eines kleineren Drucks ließe sich vielleicht der reichhaltige Stoff retten, ohne die Uebersichtlichkeit zu beeinträchtigen. Hieran wäre etwa, wie dies thatsächlich geschehen ist (S. 126 ff.), als Abschluß, zugleich als Hinüberleitung in die nächste Periode, das Zeitalter der Ladislaus Postumus, Friedrich V. (III.), Albrecht VI., Georg von Podiebrad, Johann Hunyadi, Mathias Corvinus anzureihen und der Abschnitt unter Hinweis auf die Türken- und Magyarennoth sowie auf die Verkündigung besserer Tage durch die liebenswürdige Gestalt des ritterlichen Kaisersohnes, Max I., zu beschließen.

Es läßt sich nicht leugnen, daß diese zwei Abschnitte: die Bildung und Vereinigung der Territorien einerseits, die Geschichte und das Wachsthum der Ostmark andererseits eigentlich dieselbe Sache aber von zwei Seiten behandeln. Ja, Einzelnes kehrt in der Geschichte des öffentlichen Rechts wieder. Und doch scheint mir in dieser mehrfachen Inangriffnahme ein didaktischer Vorzug des Werkes zu liegen, das einem Jünger der Wissenschaft als Lehr- und Lesebuch und nicht einem Unmündigen als Katechismus dienen oder einem doktrinären Systematiker zur Freude gereichen soll.

Ein besonderes Kapitel ist auch in dieser Periode den Rechtsquellen gewidmet. Es enthält zunächst eine klare systematische Uebersicht der Quellen (§ 20), sodann deren Aufzählung nach den einzelnen Ländergruppen (§§ 21—24). In der Frage nach der Entstehungszeit der längeren und jedenfalls jüngeren Form des österreichischen Landesrechts verspricht Verf. S. 136 Anm. 3 gegen Dopsch weitere auf den Schluß des XIII. Jahrhunderts hinweisende Argumente zu bringen.

Die Geschichte des öffentlichen Rechts der Jahre 1000—1500 behandelt vorerst in allgemeinen Umrissen die Entstehung der Landeshoheit in unseren Ländern: als Fundament ein Reichsamt, die Abtrennung von Bayern, die mannigfachen thatsächlichen Begünstigungen und Umstände, unter denen die einzelnen Landesherr-

Digitized by Google

schaften in unseren Gebieten erwuchsen. Sodann wird die Stellung der Herzoge von Oesterreich zum Deutschen Reich besprochen (§ 26): der Amtscharakter des Markgrafenthums, die allenthalben zu Grunde liegende Befugniß des Reichsoberhauptes, von der aber nur mäßiger Gebrauch gemacht worden ist; dann aber der Zuwachs an Selbständigkeit für das neue Herzogthum durch das Privilegium Minus (1156: Erblichkeit, Beschränkung der herzoglichen Hof- und Heerpflicht, des kgl. Exemtionsrechts), das Privilegium de non evocando Herzog Albrechts II., die Aspirationen Herzog Rudolfs IV., endlich die reichsrechtliche Bestätigung des Privilegium Maius (1453). Eine präzise dogmatische Darstellung der Rechtslage am Ende des Mittelalters bildet den Abschluß.

Als politisches Gegengewicht der aufkommenden Landeshoheit nach oben und nach unten zu wird die Entwicklung der Landstände charakterisirt: das Statutum in favorem principum trägt dasselbe Datum wie das bekannte Reichsurtheil: ut neque principes neque alii quilibet constitutiones vel nova jura facere possint, nisi meliorum et majorum terrae consensus primitus habeatur. Aus den hinsichtlich der Kompetenz und Zusammensetzung nicht geregelten gelegentlichen Versammlungen von Faktoren, deren Rath oder Zustimmung dem Fürsten eben vom politischen Standpunkt aus erwünscht war, erwuchsen bis zum Beginn des XV. Jahrhunderts die Landtage: Versammlungen von spezifisch berechtigten Landständen als regelmäßiges Organ des Landes gegenüber dem Landesherrn. Eingehende und durch juristische Klarheit hervorragende Schilderung erfahren hiebei: die Entwicklung der Landstände (Landherren, bald auch Prälaten, also Großgrundbesitz; dann die Vasallen der bisherigen Landstände und die aufblühenden Städte; die Bauerschaft nur in Tirol); die Ursachen ihres Aufschwunges (finanzielle Nöthen, Wechsel der Dynastien, insbesondere das Interregnum, Zerwürfnisse im Herrscherhause); die Formen, in denen sich ihr Einfluß auf die Regierung geäußert

Digitized by Google

hat, wobei die Eigenthümlichkeiten der alten Hof- und Gerichtstage, der Einungen (Landeskonvente), des geschworenen Raths der Landherren (im Gegensatz zum beamtenmäßigen Fürstenrath im engeren Sinne)[1]), der fallweisen Zuziehung maßgebender Faktoren zur Bekräftigung von Regierungshandlungen, endlich der Landtage, Generallandtage, ständischen Ausschüsse scharf hervorgehoben werden. Zum Schlusse wird der Wirkungskreis der Landstände beschrieben, für den der Grundsatz galt: nil de nobis sine nobis. Dabei wird mit Recht betont, daß die Stände „nicht als Vertreter bestimmter Korporationsinteressen, sondern des ganzen Landes, als Landschaft" erscheinen, so daß sich die Anschauung Bahn brach, daß sie ihre Zustimmung nicht verweigern dürften, wenn davon das Wohl des Landes abhieng.

Für die staatskirchlichen Verhältnisse dieser Periode wird (§ 29) als Grundzug der Antagonismus der weltlichen Landesherren mit den zunächst auswärtigen Kirchenfürsten hervorgehoben und gezeigt, wie die Herzoge durch Errichtung von Bisthümern im Lande, die sie dann um ihre Reichsunmittelbarkeit brachten, durch Erwerb des Nominationsrechtes für zahlreiche Pfründen, durch mannigfache Einschränkungen der weitgehenden kirchlichen Gerichtsbarkeit, durch Amortisationsgesetze auch der Kirche gegenüber ihre Landeshoheit durchsetzten. Was die Frage der vom Herrn Verf. negirten Steuerfreiheit kirchlicher Besitzungen anbelangt, so scheint mir die kanonische Bestimmung doch mehr gegolten zu haben als ein bloßes Verlangen der Kirche. Von der ordentlichen Steuer war das geistliche Gut jedenfalls frei (vgl. auch S. 208). Ein Absatz bespricht noch die Mißwirthschaft der Kirchenvögte, sowie deren Beseitigung durch Uebergang der Vogteien in die Hände der Landesherren und Verwaltung der Immunitätsgerichtsbarkeit durch eigene Amtsleute der Kirche.

Ein weiterer Abschnitt behandelt die landesfürstliche Ver-

[1]) Ueber den der Verf. noch einmal ausführlich zu handeln verspricht. Vgl. noch S. 177, 190, 294f., 314.

Digitized by Google

waltung im Mittelalter (S. 189—229). Die Einleitung hebt den rein persönlichen Charakter der landesfürstlichen Herrschaft im Mittelalter hervor und als dessen Folge die Heranziehung der Hofbeamten zu Rath und That und die Verdrängung der ständischen Elemente. Erst anläßlich der Ländervereinigungen werden zur Wahrung der historisch-politischen Individualitäten seit dem Interregnum besondere Landesverwaltungsbehörden angeführt: die Hauptleute in Steier und ob der Enns, der Landmarschall unter der Enns, vertreten durch einen Landesverweser und mit einem Landesvicedom für die Finanzverwaltung an der Seite. Als Vorläufer der von Max I. dauernd begründeten landesfürstlichen Behörden mit kollegialer Verfassung erscheinen die zur Stellvertretung des minderjährigen oder abwesenden Landesfürsten bestellten Anwälte oder Statthalter.

Als Regentenaufgabe wird „nach mittelalterlicher Auffassung nur der Schutz des äußeren und inneren Friedens" bezeichnet. Dabei könnte — scheint es mir — die Bemerkung, „der Begriff der Staatswohlfahrtspflege (Polizei) sei bis auf geringe Keime noch unentwickelt" gewesen (S. 192, vgl. auch S. 265), leicht irre führen. Die ungeheueren Begünstigungen des heimischen Handels, das Stapelrecht z. B. sind doch gewiß eine eminente Bethätigung staatlicher Wohlfahrtspflege.

Bei der Behandlung der Rechtspflege wird treffend an der Spitze Kaiser und Reich als Quelle der Gerichtsbarkeit hervorgehoben; von da hat sie der Herzog, und von ihm die niederen Gerichte. Das herzogliche Landtaiding und selbst das Hoftaiding werden zu ständischen Gerichten. Erst im Hofgericht (später Kammergericht) gelingt es den Herzogen eine Gerichtsstelle zu schaffen, die von ständischem Einfluß frei blieb (vgl. aber auch S. 276). Ueber die Frage, ob jede der drei Landtaidingstätten: Korneuburg, Tulln und Mautern einen besonderen Gerichtssprengel gehabt habe, spricht sich Verf. diesmal nicht aus. Bei der Anführung der weiteren Gerichte (Vogtei-, Dorf-, Hofmarkgerichte

Digitized by Google

u. s. w., S. 196) scheint mir eine eingehendere Behandlung wünschenswerth.

Sehr interessant wird die Heeresverfassung und -Verwaltung besprochen (§ 32): das Lehnsheer, die Landwehr, die städtischen Streitkräfte, die Burgen. Im Absatz 1 würde sich ein Hinweis auf den königlichen Heerbann empfehlen.

Eine ausführliche Behandlung wird den landesherrlichen Einkünften und deren Verwaltung zu Theil (§ 33 S. 201—212). Dabei wird anschaulich entwickelt, wie die Finanzwirthschaft (Einnahmen und Ausgaben) unserer Periode ein persönliches Unternehmen des Landesherrn gewesen, wie ihre Quellen (Domänen, Regalien, Steuern) der Stellung des Landesfürsten entsprechend theils privater Natur waren, theils vom Reiche stammten, theils speziell aus der Landeshoheit flossen. Insbesondere dankenswerth scheint mir die Aufnahme einer eingehenden und juristisch wohl konstruirten Darstellung des Steuerwesens in unser Lehrbuch.

Der weitere inhaltsreiche § 34 schildert die wirthschaftliche Entwicklung unserer Gebiete während der Jahre 1000—1500: die Klosterwirthschaften der Benediktiner, Cistercienser und Prämonstratenser gegründet auf Eigenthum und Eigenbetrieb; die Großwirthschaften des Adels gegründet auf Lehen und Nutzung durch Leihe besonders zu Lehnrecht, wodurch der landwirthschaftliche Charakter gegenüber dem militärischen zurücktritt; diesen wenigen Landherren gegenüber eine reiche Anzahl sehr mittelmäßig ausgestatteter Ritter und die breite Masse von gering begüterten freien, hörigen und unfreien Bauern; neben dem Ackerbau die Silber-, Kupfer-, Eisen-, Salzgewinnung; den Handel in fremden Händen. An diesen als Erbschaft der vorigen Periode entnommenen Bestand wird als Folge der Kreuzzüge der glanzvolle Aufschwung der Babenberger angeknüpft, der sodann trotz der Bemühungen Ottokars und der Habsburger in einen Niedergang umschlägt, da in Begleitung der zerfahrenen politischen Verhältnisse und der großen Pest die neue, ungewohnte Geldwirthschaft

Digitized by Google

besonders bei dem üppigen Leben der Städte, Wiens obenan, nur den geschickten Juden und dem ausbeutenden Großkapital der Fugger, Welser, Paumgartner und der Handelsgesellschaften zum Vortheil gereichte, während die konservativen Elemente nicht aufkommen konnten.

Endlich behandelt ein besonderer Abschnitt die weltlichen Stände der mittelalterlichen Gesellschaft (S. 229—258). Da wird zunächst darauf hingewiesen, daß die früher allgemeine Reichsunmittelbarkeit ein besonderes Vorrecht geworden und daß zugleich eine durchgreifende Differenzierung des Berufs unter Zersetzung der alten eine neue ständische Gliederung in Ritter, Bürger und Bauern, je freie und unfreie Elemente enthaltend, hervorgebracht habe. Eingehend und anschaulich wird dargestellt, wie an die nunmehr mediatisirten und durch Aussterben der Geschlechter bereits Anfangs des XIII. Jahrhunderts sehr gelichteten Grafen und freien Herren die — wegen Mangels von Freien, die zum Kriegsdienst willig gewesen wären — emporkommenden Reichsministerialen sich anschlossen, während die Ritter und Edelknechte erst Dank der gemeinsamen Interessen als Gegner des aufstrebenden Bürgerstandes neben ihnen als zweiter weltlicher Stand Platz fanden. Endlich werden die Vorrechte des Adels aufgezählt.

Ein weiterer Paragraph (36) bespricht das Städtewesen, dessen Schwerpunkt in Oesterreich in den Territorialstädten liegt, weist auch für Oesterreich die Möglichkeit eines Zusammenhanges mit den alten, inzwischen durch Jahrhunderte lang verschollenen Römergemeinden zurück, und behandelt sodann die Bewohner der Städte: Bürger, Inwohner, Fremde (Juden), die stets untergeordnete Lage der Kleinkaufleute und Handwerker, das langsame Durchdringen des Satzes: Stadtluft macht frei[1]). Weiters wird

[1]) Noch 1317 schenkt Konrad von Muer dem Stift Seckau: „Gertrauden deu Pairinne genannt, purgärine ze Chnutelvelde" und deren Kinder, „di uns nach dem leibe zugehoerent habent und unser aigen sint." S. 245 Anm. 8.

Digitized by Google

gezeigt, wie durch handels- und gewerbepolizeiliche Maßregeln, bestehend in der einseitigen Bevorzugung der Einheimischen, insbesondere durch Ertheilung von Privilegien an einzelne Städte unter diesen eine schädliche Konkurrenz entstanden ist, die erst vom Ende des XIV. Jahrhunderts an allmählich einen Zusammenschluß zur Vertheidigung der gemeinsamen Interessen aufkommen ließ. Der Schluß bietet eine lebendige geschichtliche Schilderung der städtischen Obrigkeiten.

Endlich wird die Lage der Bauern, d. i. der Landwirthschaft treibenden Kleingrundbesitzer dargestellt: Abgesehen von wenigen Ausnahmen (Landstandschaft in Tirol, die 60 Freien von Raxendorf, die slavischen Edlinger) sind sie herrschaftliche Unterthanen, aber nicht Leibeigene [1]).

III. Periode: Der Uebergang vom Mittelalter zur Neuzeit (1493—1526).

Sie behandelt zunächst die äußere politische Geschichte Maximilians. Sodann folgt, gegründet hauptsächlich auf S. Adlers Buch, die schwierige Darstellung der Reformen des Kaisers im Behördenwesen und in der Verwaltung, wobei treffend als leitende Prinzipien: die Centralisirung der Behörden, collegiale Organisation der leitenden Aemter und die Einrichtungen zu gegenseitiger Aufsicht hevorgehoben werden. Die Abspaltung der Finanzbehörden ist schon in der vorigen Periode vorbereitet gewesen, ebenso die kollegialen Regierungsbehörden (siehe S. 191). Gut sticht hervor die Darstellung des harten Kampfes, den der Kaiser zu bestehen hatte, um die Regimente als landesfürstliche Behörden gegenüber den Ständen zu bewahren und insbesondere für sich die zweite Instanz in Angelegenheiten der Unterthanen zu retten (S. 267 ff.). Am Schlusse wird noch der Reichshofkammer, des

[1]) Zu diesem Ausdruck (S. 255) wäre vielleicht die in der vorigen Anmerkung abgedruckte Stelle zu vergleichen.

Digitized by Google

Reichshofrathes, der Anfänge des Geheimrathes, des Fiskals, des Kanzlers gedacht.

Weiters werden eingehend die österreichischen Landstände zu Zeiten Kaiser Maximilians behandelt (S. 273—281): Die in der bisherigen Entwicklung üppig gewordenen Stände brachten den neuen Maßregeln Mißtrauen entgegen, das, wie wohl hinzuzufügen wäre, theilweise berechtigt war. Verf. selbst weist darauf hin, daß die Berufsbeamten Maximilians „mit den" — gewiß sehr gefährlichen — „Sätzen des römischen Rechts für die Ansprüche ihres Herrn stritten und auch das römische Recht den Unterthanen für ihre Verhältnisse unter einander aufdrängten." „Vor Zeiten", so ließ 1499 sich die Landschaft unter der Enns vernehmen, „hat ein Freund dem anderen sein Wort treulich und kürzlich fürbracht.... So wir aber in Supplizierung und Appellazion gefuert werden in die kayserlichen Recht, mießen wir mit großen schweren Unkosten die Doctores erlangen." 1509 klagen die Oesterreicher, daß die Unterthanen durch die geschriebenen Rechte „swerlich in Irrung und Schaden" geführt werden. Die Bemühungen der Stände, dem geschriebenen fremden Rechte eine Codifikation des Landesbrauchs entgegenzusetzen, sind durchaus loyal (S. 273, 274f.). Die Uebertragung der Agenden des aufgehobenen Hofgerichts an das (gemischt besetzte) niederösterreichische Regiment (1510) konnte an eine Anregung der Landstände anknüpfen (S. 276). Die landständische Steuer- und Kriegsverwaltung erscheint als Folge der Verhandlungen über die jährlich wiederkehrenden Forderungen Maximilians um außerordentliche Hilfen. Selbst über die „brüderliche Vereinigung der Lande" haben die Stände mit sich reden lassen (S. 280f.). Es zeigt sich eben auch hier wie in der ganzen deutschen Rechtsgeschichte, daß der Absolutismus wohl eine äußerliche Hebung, aber keine innere Erstarkung der rechtlichen Gewalt zur Folge hat. Er leidet an einer inneren Unwahrheit; absolut ist nur Gott. Gerade die besseren und tragfähigen Elemente werden abgestoßen.

Digitized by Google

Die Schilderung der Umstände nach dem Tode des Kaisers, die der Herr Verf. noch aktenmäßig zu begründen verspricht (S. 284 Anm. 4), die Wirkungen der drakonischen Maßregeln Ferdinands, die Kräftigung des Erzherzogs durch den Sturz Salamancas, gerade in dem kritischen Momente wenige Monate vor der Schlacht bei Mohacs, bestätigen dies.

Anhang I bringt eine Uebersicht der geschichtlichen Entwicklung in Böhmen, Mähren und Schlesien bis zum Jahre 1526. Er bietet zunächst eine gedrängte Zusammenstellung der wichtigsten staatsrechtlichen Momente aus dem Leben dieser Länder. Sodann wird im Anschluß an Pernice mit gutem Recht ausgeführt, Böhmen sei deutsches Reichslehen gewesen. Freilich ist die böhmische Herzogsgewalt nicht durch Feudalisirung eines Reichsamtes entstanden; doch können andererseits Berichte wie: 890 Arnulfus rex concessit Zuendibaldo, Marahensium Sclavorum regi, ducatum Behemensium qui hactenus principem suae cognationis ac gentis super se habuerant Francorumque regibus fidelitatem promissam inviolato foedere conservaverant ..., oder ibi (Regensburg) de Sclavania omnes duces Boemanniorum, quos Zuentibaldus dux a consortio et potestate Baioaricae gentis per vim dudum divellendo detraxerat . . ad regem venientes et honorifice ab eo recepti per manus prout mos est regiae potestati reconciliati se subdiderunt (895), ferner: Pragam adiit (Heinrich I. 928) cum omni exercitu Boemiorum urbem regemque eius in deditionem accepit ... qui quamdiu vixit imperatori fidelis et utilis mansit. Igitur rex Boemios tributarios faciens reversus est in Saxoniam[1]) und so fort, wie sie namentlich Pernice zusammengestellt hat[2]), wohl kaum anders als auf einen Lehens-

[1]) Regino bei Pertz I 601 und Annales Fuldenses daselbst I 411.

[2]) Vgl. auch noch besonders: in beneficium acquisivit (1002 Thietmar V 15); iusiurandum regi (Heinrich III.) fecit (Brzetislaw I.), ut tam fidelis illi maneret quam miles seniori esse deberet, omnibus amicis eius fore se amicum, inimicis inimicum (Ann. Altah. zu 1041).

Digitized by Google

nexus gedeutet werden. Die einzige Besonderheit gegenüber den anderen Reichsfürsten besteht darin, daß der geschichtlichen Entwicklung entsprechend der böhmische Fürst nach unten hin von vornherein selbständig war[1]), wie ja die Landeshoheit gerade von Böhmen aus durch die Goldene Bulle von 1356 ganz hervorragend ist gefördert worden. Es wäre zu danken gewesen, wenn der Herr Verf. hier anmerkungsweise einige Belege abgedruckt hätte.

Für die Frage nach der Thronfolge schließt sich der Herr Verf. vollständig Loserth an. In dieser Angelegenheit scheint mir als fertiges Recht festzustehen: das Wahlrecht der Großen beschränkt auf die männlichen Glieder der Przemysliden, und die Belehnung durch den Kaiser. Die Nomination des regierenden Fürsten und der Vorzug des älteren Anwärters sind, wenn auch von großer Bedeutung, doch wohl nur factische Momente, so daß von Seniorat oder Primogenitur nicht recht gesprochen werden kann. Erst durch Brzetislaw I. wurde (1054 oder 1055) Senioratserbfolge verordnet[2]), die aber — wie unser Buch nun richtig ausführt — schon seit dem 12. Jahrhundert allmählich der Primogeniturerbfolge gewichen ist. Damit wurde auch die Wahl zur bloßen feierlichen Anerkennung des neuen Fürsten. Bei dem Aussterben des Mannstammes der Przemysliden wäre sodann hervorzuheben gewesen, daß den vier Schwestern Wenzels III. von keiner Seite ein Anspruch auf die Thronfolge zuerkannt wurde[3]). Damit wird einmal die Behandlung Böhmens als eines erledigten Reichslehens noch besonders gerechtfertigt; damit erscheinen zugleich alle verwandtschaftlichen resp. schwägerschaftlichen Anknüpfungen späterer Nachfolger (Heinrichs von Kärnten, Johanns von Lützelburg) lediglich als politische Momente, rechtlich dagegen als be-

[1]) Vgl. auch die größere Selbständigkeit des österreichischen Markgrafen S. 151 f.

[2]) Vgl. auch Kalousek, České tátní právo S. 168 Anm. 1.

[3]) Vgl. Tomek, Časopis Českého Musea 1857 S. 509. Huber, Reichsgeschichte S. 76, hebt es hervor.

Digitized by Google

langlos. Maßgebend ist vielmehr die Belehnung vom Reich und höchstens vielleicht noch das Wahlrecht der Standesherren. Es wäre daher auch rathsam, den Satz: „So kam das deutsche Fürstenhaus der Luxemburger durch Wahl zur Herrschaft in Böhmen" als irreführend etwas abzuändern. Ferner wären noch die rechtlichen Grundlagen der Succession Karl's I. (IV.) und dessen Goldene Bulle vom 7. April 1348 zu erwähnen und überhaupt die nachfolgenden Wirren besonders seit dem Czaslauer Landtagsschluß vom 7. Juni 1421[1]) eingehend vom Rechtsstandpunkt aus zu behandeln.

Weiters werden die Beschränkungen der Herrschermacht auseinandergesetzt, insbesondere in der geschichtlichen Zeit als solche die Landtage und der Landeskmeten Rath angeführt. Damit hat es nun seine eigene Bewandtniß[2]). Die Landtage — im Sinne von Versammlungen der Großen überhaupt — haben noch im 10. Jahrhundert wohl sehr wenig die Macht des Herrschers beschränkt; der Rath des Landesfürsten aber bestand aus Mitgliedern der fürstlichen Familie, Hofbeamten und Großen, also aus höfischen und Landeselementen, so daß auch hier die Vertretung des Landes gegenüber dem Fürsten mehr factischer, politischer Natur war[3]). Die Landeskmeten insbesondere aber sind nichts anderes als Schöffen des Landrechtes. Dies führt neuestens wieder sehr treffend Lippert aus[4]).

Auch für die vom Herrn Verf. vorgetragene allgemeine Kmetentheorie wird das Buch Lipperts zu berücksichtigen sein. Kmet bedeutet zunächst einen Bauer, der Hausvorstand ist, dann erscheint

---

[1]) Archiv Česky III 226.

[2]) Ueber die Lechen siehe nun Lippert, Sozialgeschichte Böhmens I (1896) S. 355 Anm. 1. Dieses Buch wird hier durchwegs eingehend zu berücksichtigen sein.

[3]) Vgl. Lippert a. O. S. 334 ff., 397 ff.

[4]) Vgl. auch Brandl, Kniha Drnovská, Glossar v. Kmet. Die Schrift von Karfzniewicz, Ueber Abstammung und Bedeutung des Wortes Kmet, Wien 1896, ist mir nicht bekannt.

Digitized by Google

es im Sinne von Schöffe[1]). Bemerkt mag noch werden, daß die Stelle des Andreas von Dubá (Art. 60) auf S. 296 Anm. 11 etwas deutlicher wiedergegeben werden könnte. Vynesti (auch a. O. § 62), austragen, ist da nämlich im Sinne von auszeichnen, verfassen, entwerfen zu nehmen[2]).

Weiters wird als Folge der Hussitenkriege der einseitige Aufschwung des Herrenstandes, dem nur spät die Ritter als untergeordnete Klasse sich angliedern durften, geschildert. Bei der Geschichte des Bürgerthums wären wohl auch noch die kgl. Leibgeding- und die Bergstädte, wäre ferner die eigenthümliche Stellung Egers[3]) und Elbogens zu erwähnen gewesen. Der weitere Verlauf schildert in summarischer Darstellung die wohlthätige Einführung des deutschen Dorfrechtes[4]) und den Rückschlag in der Lage der Bauern nach den Hussitenkriegen, die bedeutenden Rechte des böhmischen Königs über die Kirche, deren Bischöfe bis 1197 reichsunmittelbar gewesen waren, die Župen- (Burg- oder Kastellanei-)verfassung, deren Zersetzung durch das eindringende Lehen- und Immunitätswesen. Hier ist leider die Kreisorganisation Ottokars II. und deren Geschichte zu vermissen[5]). Nach einer flüchtigen Aufzählung der Beamten und einem Blick auf die Finanzen schließt der Abschnitt mit einer Uebersicht der Rechtsquellen, wobei treffend auf den nationalen Gegensatz des Landrechts und des Stadtrechts sowie auf die ungleiche gegenseitige Beeinflussung der beiden hingewiesen wird.

[1]) Vgl. auch V. Rieger im Oesterr. Staatswörterbuch, herausgeg. von Mischler und Ulbrich II S. 476 Sp. 1. Zřízeni krajské I 36.

[2]) Der Vorgang des potaz (Gespräch der Schöffen, vgl. Planck, Gerichtsverfahren I 255) und nález (das für die schriftliche Fixirung formulirte Urtheil) ist sehr hübsch geschildert in Všehrd's Neunbücherrecht II 20, 21. Vgl. auch Kniha Drnovská ed. Brandl S. 35.

[3]) Vgl. S. 288.

[4]) Vgl. auch Hanel in Grünhut's Zeitschrift XX 377 ff., 381 f.

[5]) Darüber handelt V. Rieger Zřízeni krajské v Čechách, 2 Bde., Prag 1889—1893 und im Auszug Oesterreichisches Staatswörterbuch II 475 ff.

Digitized by Google

Anhang II. Geschichte des ungarischen Reichs und seiner Staatsverfassung bis zum Jahre 1526 bringt zunächst einen Ueberblick der Geschichte dieser Periode und behandelt sodann das Recht der Thronfolge. Darin werden drei Phasen unterschieden: 1. Ursprünglich Wahl innerhalb des Arpadengeschlechts; 2. seit Stephan Erblichkeit, zu der aber Anerkennung durch Geistlichkeit und Adel sowie der feierliche Krönungsact mit dem Krönungseid hinzutreten müssen; 3. seit dem Aussterben der Arpaden besonders aber der Anjous abermals Hervortreten des Wahlprincips.

Die Fülle der kgl. Gewalt (selbst das Bodenregal begreifend, seit dem Aussterben der Anjous besonders aber unter den Jagellonen in fortwährendem Verfall) wird beschränkt durch das consilium regni (erscheint schon in der Goldenen Bulle von 1222), worin der Herr Verf. wieder den geschworenen Rath der österreichischen Landherren resp. der böhmischen Landeskmeten erblickt, mit dem Unterschied, daß hier in Ungarn auch die hohe Geistlichkeit vertreten war, und durch den Landtag (Geistliche und besserer Adel, erst seit Sigismund auch Städte) zunächst nur bei politischem Bedürfniß seit dem Ausgang des XV. Jahrhunderts pflichtmäßig berufen. Anfänge des Zweikammersystems glaubt der Herr Verf. in der allgemeinen Versammlung von 1298 zu finden, wo die Geistlichkeit und die nobiles huius regni exclusis quibusdam baronibus beschlossen.

Sodann werden die gesellschaftlichen Zustände besprochen: Die Freien, der Adel, der Komitatsadel, die Bürger der kgl. freien Städte; die eigenthümlichen Beziehungen zwischen Staat und Kirche, die darauf beruhen, daß der heilige Stephan sein Land dem Papste aufgetragen und von diesem als apostolischer König zurückerhalten hat; endlich die Rechtsquellen, wo wiederum, wie bei der böhmischen Gruppe, der Gegensatz hervorgehoben wird zwischen dem deutschen Stadtrecht und dem ungarischen Landrecht — letzteres nach Hanel als slavisches den magyarischen

Digitized by Google

Bedürfnissen angepaßtes Recht characterisirt. Eine Uebersicht der Quellen des ungarischen Land-, Stadt- und Judenrechts bildet den Abschluß.

Prag, am 31. März 1896.

Dr. Hans Schreuer.

2. Zur norwegischen Rechtsgeschichte.

Die erste und bis jetzt einzige vollständige Sammlung der altnorwegischen Rechtsdenkmäler liegt seit dem vorigen Herbste nun endlich vollendet vor. Ihre drei ersten Bände, welche die Legaltexte auf Grund des damals bekannten Materials brachten, erschienen, von R. Keyser († 9. Oktober 1864) und P. A. Munch († 25. Mai 1863) besorgt, in den Jahren 1846, 1848 und 1849 unter dem Titel „Norges gamle Love indtil 1387"; ein vierter Band aber, welcher den wissenschaftlichen Apparat bringen sollte, und dessen Erscheinen in nahe Aussicht gestellt worden war, ließ lange auf sich warten. Erst im Jahr 1885 erschien, von G. Storm besorgt, ein vierter Band[1]); aber er brachte das Werk noch nicht zum Abschluß, wie dieses beabsichtigt gewesen war, und zwar in Folge von Aenderungen, welche sich inzwischen in den Ansichten über das in diesen Band Aufzunehmende ergeben hatten. Nach dem ursprünglichen Plan, wie ihn das Vorwort zum ersten Band, S. VI dargelegt hatte, sollte dieser vierte Band nur die Beschreibung der für die Textausgabe benützten Handschriften mit Facsimilien, und „vielleicht ein Real- und Verbalregister" enthalten; aber schon nach dem Abschlusse des dritten Bandes hatte sich die Nothwendigkeit einer Erweiterung dieses Planes ergeben, über welche das Vorwort zu Band 4, S. III—VIII sich ausspricht. Zunächst sollte der Schlußband neben der Beschreibung der Handschriften und den nöthigen Facsimilien, sowie einem Register, welches zugleich als Wortregister oder eigentliches Lexikon und als Sach-

[1]) Ueber ihn habe ich in Bd. 28 dieser Zeitschrift S. 68—77 Bericht erstattet, auf welchen ich hier verweise.

Digitized by Google

regiſter zu dienen hätte, auch noch Supplemente zu den Texten, und außerdem eine Ueberſicht über die Entſtehung der Rechtsquellen, oder eine kurzgefaßte äußere Rechtsgeſchichte bringen. Während man noch im Jahre 1862 an dieſem neueren Plane feſtgehalten hatte, war man ſich ſodann, nachdem der Perſonalbeſtand der maßgebenden Commiſſion ſich inzwiſchen durchgreifend geändert hatte, bereits im Jahre 1870 darüber klar geworden, „daß die Behandlung des Gloſſares jetzt, nach den Ergebniſſen, welche die Arbeit der letzten Zeit ſowohl in ſprachlicher als geſchichtlicher Hinſicht geliefert habe, und nachdem vortreffliche Wörterbücher für die altnordiſche Sprache erſchienen ſeien, während ſolche damals, als der urſprüngliche Plan für die Herausgabe der alten Rechtsdenkmäler feſtgeſtellt wurde, ſo gut wie nicht vorhanden geweſen waren, in manchen Stücken eine andere Geſtalt annehmen müſſe und einen völligeren Inhalt erhalten könne, wogegen manches Andere jetzt den allgemeinen Lexicis zu überweiſen ſein werde". Im Jahre 1881 endlich ließ man den Gedanken an eine dem Schlußbande einzuverleibende „kurzgefaßte äußere Rechtsgeſchichte" aus guten Gründen fallen, und beſchloß zugleich, in einem vierten Bande nur die Supplemente zu den Texten und die Beſchreibung der Handſchriften zu bringen, das Gloſſar dagegen einem ſpäteren fünften Bande vorzubehalten. So enthielt denn auch der im Jahre 1885 erſchienene Band zwar ſehr reiche und wichtige Nachträge zu den in den früheren drei Bänden enthaltenen Quellentexten, ſowie eine ſehr ausführliche Beſchreibung der benützten Handſchriften, aber nichts Weiteres. Erſt der nunmehr vollendete fünfte Band, von welchem ein erſtes Heft bereits im Herbſt 1890 erſchienen war, bringt das geſammte Werk zum endlichen Abſchluſſe, und zwar beſteht auch er wieder aus zwei geſonderten Beſtandtheilen, nämlich aus Nachträgen zu den früher ſchon herausgegebenen Quellentexten und aus einem ausführlichen altnordiſchen Gloſſare, welchem noch einige weitere Zuthaten beigegeben ſind. Beide Beſtandtheile wollen je für ſich betrachtet werden.

Digitized by Google

Die Nachträge von Quellentexten, welche das bereits erwähnte erste Heft des Bandes (S. 1—56) füllen, sind von G. Storm's bewährter Hand besorgt und umfassen sechs Stücke, nämlich: 1. die Tübinger Fragmente der Frostathingslög, welche E. Sievers in einem Tübinger Universitätsprogramm herausgegeben hatte (1886); 2. das Statut einer Gilde im Bezirke des Gulathinges und 3. ein solches der Gilde von Onarheim, diese beiden zuletzt herausgegeben von M. Pappenheim (Ein altnorwegisches Schutzgildestatut 1888), nachdem das erstere zuvor schon von Gr. J. Thorkelin, das letztere dagegen von H. Ström und von P. Fr. Suhm veröffentlicht worden war; 4. einen Auszug aus der Járnsida, welchen V. Finsen schon herausgegeben hatte (Grágás III, S. 467 bis 473; 1883); 5. das isländische Christenrecht Bischof Arni's, welches man bisher nur in der schlechten Ausgabe Thorkelin's (1777) besessen hatte; endlich 6. ein kleines bisher unbenütztes Bruchstück des neueren Christenrechtes des Gulathinges. Ueber die handschriftlichen Grundlagen der mitgetheilten Texte giebt Storm im Vorworte S. III—VI in seiner bekannten gründlichen Weise alle erforderlichen Aufschlüsse, und von den Tübinger Fragmenten ist überdieß ein vollständiges Facsimile beigegeben. Ich bemerke nur, daß für das neuere isländische Christenrecht die sechs ältesten Handschriften benützt wurden, von denen zwei Randbemerkungen enthalten, welche über die Quellen der einzelnen Abschnitte dieses Christenrechtes Aufschluß geben. Ueber die Bedeutung und den Werth dieser Randbemerkungen hat sich Storm in einer Abhandlung in der Tidsskrift for Retsvidenskab 1890, S. 415 bis 445, welche die sämmtlichen obigen sechs Supplemente behandelt, ausführlich ausgesprochen; auf die mannigfachen von ihm angeregten Fragen gehe ich indessen hier nicht ein, weil ich mich über sie an einem anderen Orte zu äußern gedenke.

Das Glossar behandelt sodann (S. 59—760) in alphabetischer Ordnung sehr eingehend den altnorwegischen Wortschatz,

Digitized by Google

soweit ihn die norwegischen Rechtsdenkmäler enthalten; unter den am Schlusse des Bandes gegebenen Nachträgen und Berichtigungen gehören ihm S. 854—864 an. Das Glossar ist von E. Hertzberg, dem bekannten Rechtshistoriker, unter thatkräftiger Mitwirkung der Professoren S. Bugge, G. Storm, O. Rygh und C. R. Unger bearbeitet. Schon im Jahre 1873 war ihm dessen Ausarbeitung übertragen und auch von ihm sofort in Angriff genommen worden; in Folge von Veränderungen in seiner äußeren Lebensstellung war aber die Arbeit schon nach wenigen Jahren unterbrochen worden und hatte längere Zeit völlig geruht. Nach zehnjährigem Stillstande im Jahre 1885 wieder aufgenommen, wurde sie sodann rasch gefördert und nunmehr auch glücklich zu Ende gebracht; es begreift sich aber, daß die lange Dauer jener Unterbrechung eine gewisse Ungleichheit in deren Ausführung zur Folge gehabt hat. Die Aufgabe eines Glossares zu einer Sammlung von Rechtsdenkmälern ist von vornherein eine zwiespältige, eine philologische und eine rechtshistorische, und überdies läßt sich auch das Verhältniß verschieden abgrenzen, in welchem ein solches zu den allgemeinen Wörterbüchern der betreffenden Sprache zu stehen hat; auf S. VI—XII des Vorwortes spricht sich aber Hertzberg über die Grundsätze aus, von denen er sich in der einen wie in der anderen Richtung leiten ließ. Nach der ihm von der leitenden Commission ertheilten Instruction sollten alle Wörter und Ausdrücke von sachlichem Interesse eingestellt, dagegen sprachliche Einzelnheiten nur insofern berücksichtigt werden, als sich dies für das richtige Verständniß der Texte nöthig erweisen würde und demgemäß sollten auch die Schlagworte nicht nur, sondern sogar die Citate in normalisirter Orthographie wiedergegeben werden. Der juristischen Seite der Aufgabe war damit sicherlich genügend Rechnung getragen, aber keineswegs der philologischen, und je tiefer Hertzberg im Verlaufe seiner Arbeit auch in die letztere eindrang, desto mehr machte sich ihm dieser Umstand fühlbar. Mit Recht hielt er für zweckmäßig, auch bezüglich der

Digitized by Google

nicht gerade technischen Wörter und Wörterverbindungen, welche in den Legaltexten vorkommen, eine einigermaßen reichhaltige Exemplification des Sprachgebrauches dieser letzteren zu geben, theils weil gerade deren Gebrauch in den Legalquellen vielfach ein besonders präciser und characteristischer und manchmal sogar ein in eigenthümlicher Weise nuancirter ist, theils aber auch, weil der Gebrauch gewisser an sich ganz neutraler Ausdrücke zuweilen zu Schlüssen in chronologischer Richtung oder nach anderen Seiten hin willkommene Anhaltspunkte zu gewähren vermag. So wurden denn nahezu alle in irgend einem Legaltexte vorkommenden Wörter in das Glossar aufgenommen und wenigstens mit beispielsweisen Belegen versehen; andererseits aber wurde selbstverständlich doch auch wieder nicht alles für die Auslegung dieser Texte etwa Brauchbare aus J. Fritzner's vortrefflichem Wörterbuche herübergenommen, vielmehr die gleichzeitige Benützung dieses zumal für den Sprachgebrauch der Urkunden unentbehrlichen Werkes neben dem Glossare stets vorausgesetzt. Auch bezüglich der Wortformen hielt sich Hertzberg nicht genau an die ihm ertheilte Instruction, ohne darum doch dem entgegengesetzten Principe der buchstabengetreuen Wiedergabe der handschriftlichen Ueberlieferung zu folgen. Mancherlei Ungleichförmigkeiten sind die Folge solcher Abweichungen gewesen, und vom philologischen Standpunkte aus ließe sich manches Bedenken gegen die von Hertzberg eingehaltene Handhabung der Orthographie erheben; an diesem Orte auf derartige Fragen näher einzugehen, liegt indessen kein Grund vor. Ich beschränke mich auf die Bemerkung, daß die rechtsgeschichtlichen Interessen in dem Glossare ihre volle Befriedigung finden, und zumal auch die vorhandene rechtsgeschichtliche Literatur in diesem in gebührendem Maße sich berücksichtigt zeigt. Natürlich will damit nicht gesagt sein, daß nicht im Einzelnen mancherlei Bedenken und Wünsche sich geltend machen ließen. Die norwegische Rechtsgeschichte ist ein schwieriges und noch wenig bearbeitetes Gebiet; in gar mancher Beziehung gehen da die Ansichten noch weit auseinander. Andererseits ist

Digitized by Google

es Sache des individuellen Ermessens, zu bestimmen, wie weit oder wie wenig man von Fall zu Fall über die Rechtsquellen erläuterungshalber hinausgreifen, oder als weiteren Behelf Literaturnachweise geben soll, ohne daß sich hier oder dort eine objektive Norm aufstellen ließe; Mancher wird darum ab und zu Etwas überflüssig finden, was das Glossar giebt, oder Etwas vermissen, was in ihm nicht steht, ohne daß sich doch darüber rechten ließe. Ich würde z. B., um nur Einiges anzuführen, für zweckmäßig gehalten haben, wenn unter „barun“ und „herra“ bemerkt worden wäre, daß nach der glaubhaften Angabe isländischer Annalen K. Magnus lagabötir im Jahre 1277 beide Titel neu eingeführt, oder doch den Anspruch gewisser Classen auf deren Führung festgestellt hat. Bezüglich des Ausdruckes „bjarkeyjarréttr“ hätte allenfalls auf R. Schröder's Bemerkungen über die Verwendung des Strohwisches oder Laubbusches als Wahrzeichen (Die Stellung der Rolandssäulen in der Rechtsgeschichte S. 19—22, 1890), hinsichtlich der „Forsölujörd“ und „málajörd“ auf L. M. B. Aubert's Abhandlung „Kontraktspantets historiske Udvikling isaer i dansk og norsk Ret“ (1872), beim „skuldarmadr“ auf meine Abhandlung über „die Schuldknechtschaft nach altnordischem Rechte“ (1874), beim „vápnatak“ auf Svend Grundtvig's wichtige Schrift „om de Gotiske Folks Våbened (1870) und allenfalls auch auf meine Besprechung derselben (Germania, Bd. 16, S. 317—333) verwiesen werden können u. dgl. m. Bezüglich der technischen Bezeichnungen „mundr“, „mynda“, „mynding“ überzeugen mich Hertzberg's derzeitige Ausführungen ebensowenig wie seine frühere Abhandlung über „de gamle loves mynding“ (1889); ich unterlasse aber ein näheres Eingehen auf diesen Punkt, weil ich meine eigene Auffassung schon längst in Bd. 10 dieser Zeitschrift, S. 392 u. ff., ausgesprochen habe, und weil, wie ich höre, eine ausführliche Erörterung der einschlägigen Fragen von anderer Seite her in Aussicht steht. Bezüglich des nur in GthL. 54 vorkommenden Wortes „foryftalaust“ glaube ich gegenüber der im Glossare S. 204 und 857 vertheidigte

Digitized by Google

Correctur „forystulaus“ oder „forystulaust“ an S. Bugge's weit einfacherer Emendation „foryrtalaust“ festhalten zu sollen; da aber meine Auslegung der Stelle mit meiner Deutung des Wortes „mynding“ zusammenhängt, muß ich auch auf deren Begründung hier verzichten. Dagegen erlaube ich mir meine Auffassung des „lögfè“ gegenüber den im Glossare S. 420 und 460—461 erhobenen Einwendungen hier kurz zu rechtfertigen. Das Wort kommt nur an einer einzigen Stelle des älteren Christenrechtes von Vigen vor (BthKR. I, 17; II, 26; III, 23), und ist von hier aus auch in das neuere Christenrecht derselben Landschaft übergegangen (neuerer BthKrR. 27); die Stelle lautet: „nú er ein sókn á allum biskups málom; ekki er thaer lögfè á. aller menn ero skyldir vid at hegna kristni“. Ich habe in meiner Abhandlung „Das Verdachtszeugniß des altnorwegischen Rechtes“, S. 549—552 (1883) unter dem lögfè das dem König als Vertreter der Rechtsordnung gebührende Strafgeld verstanden, und somit den Satz „jetzt ist der Bischof allein klagberechtigt in allen Bischofssachen; in diesen ist von keinem an den König zu entrichtenden Strafgelde die Rede“ mit der im unmittelbar vorangehenden Capitel des älteren Christenrechtes enthaltenen Vorschrift in Verbindung gebracht, daß bei allen nur mit Geldstrafen bedrohten kirchlichen Vergehen der Bischof diese allein zu beziehen habe, während bei bußlosen Thaten das Vermögen des Schuldigen vom König zu eigenem Recht eingezogen, und nur der Betrag von 3 Mark an den Bischof hinausbezahlt werden solle; den Schlußsatz „Jedermann ist verpflichtet das Christenthum zu vertheidigen“ bringe ich mit dem im Text unmittelbar zuvor geschilderten Rügeverfahren im Zusammenhang, und beziehe ihn somit auf die Verpflichtung aller Dinggenossen, das Rügegericht zu besuchen und hier die vom bischöflichen Vogte gestellten Rügefragen wahrheitsgetreu zu beantworten. Dagegen will Hertzberg in dem „lögfè“ die Bezüge erkennen, welche den Bauern für ihre Beihülfe bei der gewaltsamen Beitreibung verwirkter Bußen zuzufallen pflegten, und im Schlußsatze ausgesprochen finden, daß diese

Digitized by Google

Bezüge bei der Execution in kirchlichen Strafsachen wegzufallen haben; die Richtigkeit dieser Auffassung will mir indessen nicht einleuchten. Diese letzteren Bezüge konnten doch nur in dem Falle in Betracht kommen, da die verwirkte Buße gewaltsam beigetrieben werden mußte, nicht aber in dem anderen und doch wohl weit häufigeren, da diese gutwillig bezahlt wurde; von einer gewaltsamen Urtheilsvollstreckung wird aber an unserer Stelle nicht gesprochen, und läßt sich eine solche doch auch nicht wohl stillschweigend in sie hineintragen. Nirgends wird ferner für jene Executionsgebühr eine dem Worte lögfè entsprechende Bezeichnung gebraucht, wogegen das dem König zufallende Strafgeld technisch als baugr oder lögbaugr bezeichnet wurde, welche letztere Bezeichnung in einer Zeit, in welcher Metallringe nicht mehr als Zahlmittel verwendet wurden, ganz passend durch lögfè ersetzt werden konnte. Ueberdies zeigt eine im Glossar nach einer anderen Seite hin benützte Stelle, nämlich FrthL. III, 19, daß im Drontheimischen noch zu Erzbischof Eysteins Zeiten, also zur Zeit der höchsten Blüthe der kirchlichen Macht, den Bauern ihre gewöhnlichen Beträge zufielen, wenn sie zur zwangsweisen Eintreibung kirchlicher Strafgelder Hülfe leisteten, und es ist kaum anzunehmen, daß die Kirche in Vigen besser gehalten worden sein sollte als in der eigenen Diöcese des Metropoliten. Daß endlich in Cap. 17 der ausschließliche Anspruch des Bischofs auf den Bußbezug nochmals hervorgehoben wird, nachdem er doch bereits im Cap. 16 verfügt worden war, erklärt sich doch wohl sehr einfach daraus, daß dieses Zugeständniß an die Kirche für diese hinreichend werthvoll war um nicht oft genug von ihr betont werden zu können. Mit vollem Recht deutet dagegen meines Erachtens das Glossar, hierin Fr. Brandt und S. Bugge folgend, die „fjárfoeling“ als schmähliche Behandlung von Thieren — „gylvin“, oder richtiger „gylfin“, demselben Bugge sich anschließend, als Werwolf, dann „kosgirni“ als Eigenwilligkeit und „vèttvangr“ als Kampfplatz; mit Recht nimmt es auch, dem Rector Jón Thorkelsson folgend,

Digitized by Google

das nur in den EthL. I, 6 und II, 6 vorkommende „haerliki“ für einen Schreibfehler anstatt faerliki, d. h. monstrum. Dagegen bin ich bezüglich der Deutung von „hörundfall“ als Aussatz, nicht Impotenz, zweifelhaft. Ich hatte das Wort früher unbedenklich im ersteren Sinne verstanden, bin aber inzwischen durch J. Fritzner und zumal durch Hertzberg selbst an dieser Auffassung irre geworden. In der Njála, Cap. 7 wird hörund zweifellos im Sinne von „penis“ gebraucht, und auf diese Stelle scheinen sich diejenigen gestützt zu haben, welche hörundfall auf die Impotenz beziehen wollten. Hiergegen ließ sich einwenden, und wurde von Hertzberg auch eingewendet, daß so gedeutet das Wort doch nur von Manne gebraucht werden könnte, während die beiden hier in Betracht kommenden Stellen die Möglichkeit des gleichen Mangels auch beim Weibe voraussetzen; aber Hertzberg selbst weist, wie dieses Fritzner und Andere schon vor ihm gethan haben, aus dem jüngeren isländischen Christenrechte, Cap. 17 (in G. Storm's Ausgabe, Cap. 24) die Bezeichnungen „sinfallinn“ und „sinfallsmadr“ im Sinne von impotent nach, während für „sin“ von Fritzner ebenfalls die Bedeutung „penis“ belegt wird, und dennoch wird auch an dieser Stelle die Möglichkeit der Impotenz bei beiden Geschlechtern gleichmäßig vorausgesetzt. Man wird demnach wohl annehmen müssen, daß der zwiefache Ausdruck ursprünglich nur für die Impotenz des Mannes gegolten hatte, und erst hinterher auf die des Weibes mit erstreckt wurde, welche letztere als der weitaus seltenere Fall, auch noch in dem Erlasse Erzb. Eiriks an die isländischen Bischöfe vom Jahre 1189 (Diplom. island. I, no. 71, S. 288) unberücksichtigt bleibt. Endlich ist mir auch nicht recht klar, was für den Satz „sá skal hyding valda, er heimskastr er á thingi“ (BthL. I, 14 und III, 21) durch die Berufung auf schwedische Dialekte gewonnen sein soll. Die für diese in Bezug genommenen Gewährmänner bezeugen für das Wort „hemsker, hejmsker“ die Bedeutungen: verzagt, schwach, verwirrt, thöricht, welche doch alle nur auf denselben Sinn zurückführen, welchen dasselbe im Altnordischen

Digitized by Google

zu haben pflegt und welchen Hertzberg für die obige Stelle bedeutungslos erklärt. — Derartige Bedenken ließen sich natürlich, mit Recht oder Unrecht, noch gar manche erheben; aber mit ihnen ist Wenig gethan, und würde ihre schärfere Betonung von der Bedeutung der Glossares ein völlig verkehrtes Bild geben. Ein Erzeugniß riesigen Fleißes nicht nur, sondern auch gründlicher rechtsgeschichtlicher Kenntniß, kann dieses als Glossar nicht nur, sondern auch als Nachschlagswerk über den Inhalt der Rechtsquellen vortreffliche Dienste leisten, und wird auch in den Punkten die wissenschaftliche Forschung sehr beträchtlich fördern, in welchen die Aufstellungen seines Verfassers sich etwa als nicht begründet erweisen sollten.

Als Anhang bringt der Band sodann noch: 1. ein Register über die wesentlicheren in den Texten benützten lateinischen Bezeichnungen und Ausdrücke (S. 761—787); 2. ein Register der Ortsnamen sowohl als Personennamen (S. 788—834), zu welchen dann noch S. 864 einen kleinen Nachtrag liefert, und welcher manche werthvolle Ortsbestimmungen bietet; endlich 3. eine Uebersicht über die Parallelstellen in den Texten, und zumal auch über die in den jüngeren Texten wiederkehrenden Stellen der älteren (S. 835 bis 852), eine ebenso mühsame als für die Benützung der Quellen förderliche Arbeit. Den Schluß bildet dann noch eine Reihe von Zusätzen und Berichtigungen zu Bd. 2—5 (S. 853—864), die zum Theil bereits erwähnt wurden.

Die vor dem Jahre 1387 entstandenen Rechtsdenkmäler Norwegens liegen in dem nunmehr abgeschlossenen Werke sämmtlich vor, soweit sie erhalten und bekannt sind, und wenn zwar die lange Zeit, welche zwischen dem Erscheinen seines ersten und des letzten Bandes in Mitte liegt, und der vielfache Wechsel der für die Herausgabe maßgebenden Persönlichkeiten manche Ungleichheiten in die Behandlung der verschiedenen Bände hereingebracht, und manche Unbequemlichkeit für deren Benützung verschuldet haben,

Digitized by Google

so ist doch den Bedürfnissen der rechtsgeschichtlichen Forschung für die ältere Geschichte Norwegens nunmehr im Wesentlichen genügt. Mit vollem Recht hat aber die leitende Commission darauf aufmerksam gemacht, daß damit nur die Hälfte der nothwendigen Arbeit gethan sei, und daß die norwegische Rechtswissenschaft unbedingt auch noch der Herausgabe der Rechtsdenkmäler aus der Folgezeit, zumal aus den Jahren 1387—1687 bedürfe, da erst mit dem letzteren Jahre als dem Jahre, in welchem König Christian's V. norwegisches Gesetzbuch erlassen wurde, die vorhandenen Gesetzessammlungen des Landes zu laufen beginnen. Hoffen wir, daß sowohl die Regierung als die Volksvertretung Norwegens sich bereit zeigen mögen, die zu solchem Behufe nothwendigen pecuniären Opfer zu bringen, und die Ausführung des Werkes in bewährte Hände zu legen, an welchen es ja glücklicher Weise im Lande nicht fehlt!

München, den 19. April 1896.

K. Maurer.

Digitized by Google

III.

Civilrecht.

1. Dr. jur. Ernst Heymann: Das Vorschützen der Verjährung. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von Exceptio und Einrede. Breslau 1895. Schletter'sche Buchhandlung. 165 S.

„Die endlose, nicht bloß gemeinrechtliche, sondern auch in die neueren Particulargesetzgebungen übertragene Controverse, ob der Richter die Verjährung von Amtswegen zu berücksichtigen habe oder nicht" (Bekker, Pandekten I § 28 S. 90) bildet den Gegenstand der vorliegenden Abhandlung.

Nach des Verfassers Anschauung liefert weder die Verhandlungsmaxime, noch das heutige Prozeßrecht überhaupt den maßgebenden Grund für die Beantwortung, vielmehr muß „diese Erscheinung aus dem privatrechtlichen Wesen des Verjährungsvorganges erklärt werden." Ob die Verjährung Rechtsverlust oder nur eine Endigungspräsumtion bewirke, ob die Verjährung einer obligatio bezw. actio eine naturalis obligatio zurücklasse oder nicht, könne hiebei unberücksichtigt bleiben. Da die Forderung den Gegenstand der Verjährung bilde, sei es zweckmäßig, von Forderungsverjährung zu sprechen. Die Frage nach dem Vorschützen der Verjährung müsse aber nicht nur mit Rücksicht auf die Forderungsverjährung behandelt werden, sondern generell mit Rücksicht auf die erlöschende Verjährung überhaupt, also auch mit Beziehung auf den Untergang von Servituten durch non usus.

Nach diesen einleitenden Bemerkungen geht Verfasser bei Untersuchung seiner Frage vom römischen Rechte aus und be-

Digitized by Google

trachtet zunächst die Fälle des jus civile, sodann die honorarische Temporalität und die übrigen Fälle der klassischen Zeit, um seine Besprechung des römischen Rechtes mit der Theodosisch-Justinianischen Aktionenverjährung abzuschließen. In einem 2. Theile bespricht Heymann das mittelalterlich-italienische und in einem 3. Theile das moderne Recht.

Was das römische Recht betrifft, so treten uns zuvörderst im alten jus civile zwei Fälle entgegen, nämlich der Untergang der Servituten durch non usus und das biennium, durch welches der sponsor nach der lex Furia von seiner Haftung befreit wurde. Für beide Fälle behauptet Verfasser, daß die Berücksichtigung des Zeitablaufes bei der Urtheilsfällung „nicht von einem besondern Willensakte des Begünstigten im Prozeß abhängig war". Für den ersten dieser Fälle ist die Beantwortung unbestritten richtig; der historische Zusammenhang zwischen usucapio und non usus berechtigt entschieden zu dieser Annahme. Was den zweiten Fall betrifft, so stützt sich H. für seine Ansicht auf Gajus III. 121 und darauf, daß die lex Furia den Zweck gehabt habe, Liberalitäten möglichst zu beschränken; mit diesem Zweck sei jedoch „das Erforderniß einer Geltendmachung der Liberation unvereinbar". Das zweite Argument scheint mir durchschlagend; die Berufung auf die Gajanische Stelle allein würde mir (siehe auch Demelius, Untersuchungen aus dem röm. Civilrecht, S. 17 Anm. 6) nicht ausreichend erscheinen.

Was die Fälle honorarischer Temporalität betrifft, so ist es bekannt, daß bei den actiones temporales ihre zeitliche Begrenzung durch die in die formula eingeschaltete exceptio sich ausdrückt und daß hieraus gefolgert wird, es sei die Wirksamkeit dieser zeitlichen Beschränkung abhängig von einer besondern Willenserklärung. Daß diese Argumentation auf alle Fälle zeitlicher Begrenzung angewendet wurde, wo von exceptio temporis und Aehnlichem die Rede war, insbesondere auch auf die Theodosische Aktionenverjährung hebt Verfasser des Weiteren hervor und be-

Digitized by Google

hauptet, daß der Lehre, welche für das römische Recht ein Vorschützen der Verjährung erfordert, das einzige Argument benommen werde, wenn nachgewiesen wird, daß diese Deduction für die honorarische Temporalität unzutreffend sei. — Unzweifelhaft richtig ist es, wenn Verfasser behauptet, zu einer solchen Willenserklärung sei in judicio kein Raum gewesen; hier habe sich der judex streng an die einmal ertheilte Formel zu halten. Man könnte demnach fragen, ob nicht das Vorschützen in der litis contestatio gelegen sei; allein diese Frage ist nach H. deshalb zu verneinen, weil der Beklagte nicht den Willen habe, gerade auf Grund der Temporalität absolvirt zu werden. Demnach könnte es nur noch möglich sein, daß das Vorschützen der Temporalität im Verfahren in jure vorgekommen sei und es sei daher zu fragen, ob die exceptio temporis nur auf Antrag des Beklagten in die formula aufgenommen worden sei. Zwei Gruppen werden hier geschieden; die eine ist die Gruppe der Fälle, wo der Magistrat die Prozeßformel von vorneherein nur für bestimmte Zeit gewährt hat; die zweite Gruppe die, wo die Temporalität ein Produkt der Wissenschaft, der interpretatio genannt werden muß. Diese beiden Gruppen betrachtet nun Verf. von einander getrennt. Daß H. für die Fälle, wo sich ständige Annalklauseln in der formula finden, Recht hat, wenn er behauptet, daß die Verjährung von Amtswegen berücksichtigt wurde, ist zuzugeben; hier hing die Aufnahme der exceptio annalis gewiß nicht von einem Antrage des Beklagten ab.

Nicht so klar scheint mir dagegen die Frage bezüglich der zweiten Gruppe von Fällen zu stehen. Für diese Fälle, so lehrt Verf., ist unsere Frage aufgehend in der allgemeinen Frage, ob der Gerichtsmagistrat die Exception nur auf Antrag des Beklagten in die Prozeßformel inserire oder nicht. Daß ein solcher Antrag nothwendig sei, könnte auf zwei Wegen nachgewiesen werden; entweder aus positiven Quellenzeugnissen, oder aus dem römischen Exceptionsbegriff. Fast sämmtliche Schriftsteller, die

Digitized by Google

ein Vorschützen der exceptio begehren, gelangen hiezu auf deductivem Wege. Die römische Gestaltung des Exceptionsbegriffes bietet jedoch, wie H. ausführt, hiefür keinen Raum. Aus der prozessualischen Bedeutung der exceptio kann das Erforderniß eines besonderen Antrags nicht gefolgt werden; aber auch aus der materiellen Bedeutung der Exceptionsthatbestände folge dies nicht; der römische Exceptionsbegriff entbehre in der That eines solchen materiellrechtlichen Characters. Aus seinen Argumenten folgert Verf. nun allerdings nur, daß die Wahrscheinlichkeit nicht dafür spreche, die Inserirung der exceptio in die Formel sei von einem Antrage des Beklagten abhängig gewesen (S. 40); wolle man dies dennoch annehmen, so müßte es in den Quellen ausdrücklich gesagt sein. Dies sei aber keineswegs der Fall. Nachdem Verf. sämmtliche Stellen, auf welche man sich bezüglich dieses Erfordernisses berufen hat, bis auf zwei kurzweg für belanglos erklärt, bespricht er Gajus IV. 119 und die von Dernburg angeführte l. 1. D. de except. 44. 1. Was die letztere Stelle betrifft, so ist es auch mir wahrscheinlich, daß sie sich, wie Vangerow annimmt, auf die Beweislast bezieht, für unsere Frage also nicht als beweisend angesehen werden kann. (Darüber, daß sie viel zu allgemein gehalten ist, um beweisen zu können, siehe auch Bekker in der Zeitschr. für Rechtsgesch. XV, S. 45.) Was aber Gajus IV. 119 betrifft, so scheint mir diese Stelle von H. doch nicht genügend gewürdigt zu werden. Wenn Verfasser die Stelle dahin verstehen will, daß sie „lediglich eine syntaktische Erörterung über die Abfassung der Exceptionsklauseln" enthalte, und behauptet durch die Worte: omnis exceptio obicitur a reo solle die exceptio „nur als ein den Interessen des Beklagten dienender Formelbestandtheil bezeichnet werden", so vermag ich diese Auffassung nicht für stringent zu halten. Mehrere Ausdrücke bei Gajus scheinen mir denn doch die Auffassung zuzulassen, daß der Beklagte sich auf die Verjährung berufen müsse, sofern man nicht etwa annimmt, daß die Einrede der Verjährung

Digitized by Google

als praescriptio bezeichnet werde (cf. Keller, Röm. Civilprozeß Note 494). Ich gebe zu, daß Verf. eine Wahrscheinlichkeit für seine Ansicht erbracht; es läßt sich aber m. E. nicht mit solcher Entschiedenheit behaupten, wie H. es S. 45 thut: „Die honorarische Temporalität wird also in jedem Falle von Amtswegen berücksichtigt".

Nach Besprechung dieser beiden Gruppen honorarischer Temporalität gelangt Verf. zu den übrigen Fällen der klassischen Zeit, die er in zwei Gruppen theilt, in die zeitliche Begrenzung der fiskalischen Forderungen und in die gewisser status controversiae. Bei den Fällen der ersten Art sprechen die Quellen nirgends von dem Erforderniß eines Antrages des Beklagten. Daß ein solcher nicht nothwendig war, erklärt sich aber auch weiter daraus, daß diese Fälle mit der Criminalverjährung eng zusammenhängen. Die Berücksichtigung der Criminalverjährung war aber sicherlich nicht von einem Antrag des Angeklagten abhängig. Das gleiche Resultat ergibt sich nach H. auch für die zweite Gruppe, für die temporalen status controversiae, sowie für das quinquennium querelae inofficiosi testamenti.

Was die Theodosisch-Justinianische Aktionenverjährung betrifft, so lehrt H., dieselbe habe all' die bisher bestandenen rechtlichen Bestimmungen ohne wesentliche Aenderung, bloß mit Erweiterungen in sich aufgenommen; insbesondere habe der klassische Exceptionsbegriff im Theodos.-Justin. Recht keine Umgestaltung erfahren.

Bezüglich der Frage der Geltendmachung der Verjährung versucht Verfasser zu beweisen, es sei der alte Grundgedanke, daß die Verjährung ex officio zu berücksichtigen sei, in ihr beibehalten worden. Wenn sich dabei H. auf einzelne Wendungen in spätrömischen Kaiserconstitutionen beruft, so kann auf dies Argument m. E. nicht allzu viel Gewicht gelegt werden. Gleichfalls bedenklich erscheint es mir, wenn Verf. für seine Behauptung sich auf die praescriptio status stützt. Diese wurde von Amtswegen berück-

Digitized by Google

sichtigt; die praescriptio longissimi temporis bekanntlich nicht. Für die quaestio inquilinatus, als ein den status controversiae vollkommen gleichstehendes Rechtsschutzmittel, behauptet nun H., daß hier „ein neuer Fall der alten praescriptio status ganz unbefangen im Gewande der praescriptio longissimi temporis" auftrete. Man kann aber hieraus doch nichts, wie Verfasser will, für die Behandlung der long. temp. pr. schließen.

Ist es also m. E. H. nicht gelungen für seine Behauptung, daß im römischen Recht zu allen Zeiten und für alle Fälle die Berücksichtigung der Verjährung von Amtswegen stattgefunden habe, mehr als einen Wahrscheinlichkeitsbeweis zu erbringen, so erkennen wir dennoch gern das Verdienstliche auch in diesem Theile seiner Arbeit an. Der werthvollste Theil seiner Ausführungen scheint uns jedoch der dogmengeschichtliche zu sein. Hier führt H. aus, daß die Glossatoren zwischen exceptiones juris und exceptiones facti unterschieden und daß bezüglich der ersteren der Satz galt, sie werden nur auf Antrag berücksichtigt. Der Ton der Ausführungen beweise, daß man es hier mit einem durch den Gerichtsgebrauch entstandenen Gewohnheitsrecht zu thun habe, der vermuthlich auf deutschrechtliche Einflüsse zurückzuführen sei. Unter diese exceptiones fiel aber die Verjährungseinrede, welche demnach nur auf Antrag berücksichtigt wurde.

Was den germanischen Prozeß betrifft, so kannte derselbe ursprünglich überhaupt keine Einwendungen. Später waren Antwortverweigerung und motivirte Klagnegation möglich und mußten natürlich diese beiden Arten von Einwendungen ausdrücklich geltend gemacht werden. Das Gleiche gilt auch bezüglich der selbstständigen Einwendungen des Beklagten im langobardischen Prozeß. Dieses Prinzip wurde in die romanische Prozeßpraxis übernommen, vielleicht besonders dadurch unterstützt, daß man im langobardischen Prozeß die selbstständigen Einwendungen des Beklagten als exceptiones bezeichnete. Die älteren Kanonisten folgten der in „germanischen Anschauungen wurzelnden romanistischen

Digitized by Google

Theorie"; sie behandeln die praescriptio als exceptio juris, fordern also ihre Proponirung im Prozeß.

Bei den späteren Kanonisten dagegen finden wir die Anschauung vertreten, daß die Verjährung ex officio zu berücksichtigen sei, was bei dem Bestreben im kanonischen Prozeß, „dem Richter den Parteien gegenüber eine freiere Stellung und größere Gewalt zu gewähren", nicht Wunder nehmen kann. Diese Theorie der Kanonisten wurde in der Folge in Deutschland recipirt. — Seit dem Anfang des 19. Jahrhunderts jedoch verlor diese Theorie ihre herrschende Stellung; unter Hinweis auf die Disponibilität der Verjährungswirkungen, daß der Hauptzweck der Verjährung die Sicherung der Rechtslage des Einzelnen sei, daß beneficia nicht obtrudirt werden dürften u. dgl. m., gelangte die Ansicht, daß die Verjährung vorzuschützen sei, in Literatur und Praxis allgemein zur Herrschaft. Verf. billigt dies auch vollkommen und ist ihm hierin gewiß völlig beizupflichten. Diese Regelung des Verhältnisses findet ihre Stütze im Gewohnheitsrechte und insbesondere im Zwecke des ganzen Institutes.

Was die Konstruktion betrifft, so sind drei Möglichkeiten vorhanden. Man könnte sagen, „daß mit dem Ablauf der Verjährungszeit das Forderungsrecht bez. die Servitut vollkommen untergeht und daß in dem Verzicht auf die Verjährung bez. in dem Nichtgeltendmachen derselben rechtsbegründende Akte zu erblicken sind". Diese Anschauung, sowie die zweite mögliche, daß man bei einer verjährten Forderung von Rechtshemmung oder Aehnlichem spreche, verwirft H. und erklärt, die verjährte Forderung sei bis zum Moment, wo die Verjährung geltend gemacht wird, als vollgültig zu betrachten. Dieser Construktion vermag ich nicht beizutreten. M. E. muß man hier wohl von einem Schwebezustand sprechen.

Dürfen wir unser Urtheil über Heymann's Arbeit zusammenfassen, so müssen wir sagen, daß dieselbe eine fleißige, gewissenhafte, klar und durchsichtig geschriebene Arbeit genannt werden

Digitized by Google

muß, welche insbesondere in der geschichtlichen Entwickelung unsere Anschauungen wesentlich zu fördern vermag.

Prag. J. Pfaff.

2. D. Grimm, Beiträge zur Lehre von der Bereicherung (russisch). Drei Hefte. Dorpat, Schnakenburg 1891 und St. Petersburg, Stasjulewitsch 1893. 106 + 118 + 212 S. 8°.

Von den vier Abtheilungen, aus denen diese Schrift besteht, beschäftigt sich die erste mit der Natur und juristischen Bedeutung der Bereicherung; in den drei übrigen Abhandlungen werden einzelne Rechtslehren besprochen, bei denen der Begriff der Bereicherung zur Geltung kommt: die Haftung des b. f. possessor bei der rei vind., die condictio indebiti gegen den b. f. Empfänger einer Nichtschuld, und die a. de in rem verso. Die erste und zweite Abhandlung sind im ersten Heft vereinigt.

I.

Die Bereicherung auf Kosten einer anderen Person — denn nur mit diesem Falle des Reicherwerdens hat es die Jurisprudenz zu thun — läßt sich zunächst als ökonomische Thatsache betrachten. In diesem Sinne unterscheidet der Verfasser: 1. reine Bereicherung (ohne jede Gegenleistung des Bereicherten) und modificirte Bereicherung (durch vortheilhaften Austausch von Gütern); 2. direkte Bereicherung (Uebergang eines Werthes aus einem Vermögen in ein anderes) und indirekte Bereicherung (weiterer Vortheil, welcher dem Bereicherten aus dem erworbenen Werthe erwächst); 3. unmittelbare Bereicherung (Uebergang des Werthes von A auf B) und mittelbare Bereicherung (Uebergang des Werthes von A auf B und von B auf C: C ist mittelbar aus dem Vermögen des A bereichert). — Das Maß der Bereicherung läßt sich weder nach dem Werth des übergegangenen Vermögensstückes bestimmen, noch nach der Vermögensverminderung des verlierenden Theiles, sondern nur nach den Wirkungen, welche

Digitized by Google

die bereichernde Thatsache auf das Vermögen des Bereicherten gehabt hat. Die Bereicherung ist oft kleiner als der Verlust der Person, auf deren Kosten sie eingetreten ist, und umgekehrt kann nicht jeder indirekte Vortheil, der dem Bereicherten zu Theil wird, als auf Kosten des Verlierenden erworben gelten. — Die Bereicherung ist, wie das Vermögen, eine Größe, welche im Lauf der Zeit wechseln kann. Der Umfang der Bereicherung in einem bestimmten Zeitpunkt ergibt sich aus der Zusammenrechnung des direkten und indirekten Vortheils unter Abzug der Ausgaben, welche in direktem oder indirektem Kausalzusammenhang mit der bereichernden Thatsache stehen.

Von juristischer Bedeutung ist die Bereicherung nur insofern, als sie für unrechtmäßig gilt und daher dem Bereicherten entzogen werden kann. Die Grenzscheidung zwischen berechtigter und unberechtigter Bereicherung ist Sache des positiven Rechtes und kann daher sehr verschieden ausfallen. Trotzdem glaubt der Verfasser einige allgemein gültige Sätze in Bezug auf die unmittelbare Bereicherung aufstellen zu können:

1. Die Bereicherung ex lege und ex sententia iudiciali ist unentziehbar.

2. Die Bereicherung aus einem gültigen Rechtsgeschäfte ist unentziehbar, es sei denn, daß die Parteien etwas Anderes verabredet haben.

3. Jede andere Bereicherung, ex delicto, ex facto bona fide peracto, ex casu ist im Princip entziehbar; denn die Rechtsordnung soll den Vermögensstand gegen Verschiebungen schützen, welche ohne Willen der betheiligten Personen eintraten.

Die Rechtsmittel, welche zur Entziehung einer unrechtmäßigen Bereicherung dienen, sind nur dann als Bereicherungsklagen zu bezeichnen, wenn die Haftung des Schuldners auf seine gegenwärtige Bereicherung beschränkt ist. Nun ist aber die Bereicherung des Schuldners für das Maß seiner Haftung irrelevant, wenn der Anspruch auf Erfüllung einer durch Vertrag oder Gesetz

Digitized by Google

abgegrenzten Pflicht oder auf Ersatz eines Schadens gerichtet ist, es sei denn, daß besondere Gründe in der Person des Beklagten, z. B. Unmündigkeit, eine Ermäßigung seiner Haftung bis zum Betrage der Bereicherung bewirken. Abgesehen von diesen Fällen hat die Bereicherungsklage zwei Voraussetzungen: Der Anspruch muß ausschließlich aus der Thatsache der ungerechtfertigten Bereicherung hervorgehen, und der Beklagte muß bona fide sein. Ist dies der Fall, so sollte der Anspruch stets auf die gegenwärtige Bereicherung beschränkt sein. Jedes Abweichen des Rechtes von diesem Grundsatz erklärt der Verfasser für eine grundlose und ungerechte Verschiebung in den ökonomischen Zuständen der betheiligten Personen.

Wo das positive Recht solche Inkonsequenzen begeht, da ist ein Stillstand in der historischen Entwickelung des Bereicherungsbegriffes eingetreten. Aus diesen Gesichtspunkten werden im Folgenden drei Rechtsverhältnisse besprochen, in welchen nach Ansicht des Verfassers die Haftung des Beklagten auf seine Bereicherung beschränkt sein sollte: die rei vind. und cond. indeb. gegen den b. f. Beklagten und die a. de in rem verso.

Der Grundsatz, den der Verfasser aus dem Wesen der Bereicherung abgeleitet zu haben glaubt, hat m. E. nicht mehr Gewicht, als alle a priori gefundenen juristischen Axiome. Die scheinbare Schlüssigkeit der Argumentation: „wo kein anderes Klagfundament als die Bereicherung vorliegt, da muß sich auch der Umfang der Haftung nach der Bereicherung bemessen" ist ja nur dadurch hergestellt, daß alle übrigen bei der Ausgestaltung der Rechtsfolgen einer Thatsache in Betracht kommenden Umstände in der Deduktion als unwesentlich weggelassen sind. Indessen läßt sich ein allgemeiner Rechtsgedanke, wie der der Bereicherungshaftung, auch wenn man an die naturnothwendige Geltung solcher Principien nicht glaubt, mit Nutzen dazu verwenden, um daran die Einzelbestimmungen des geltenden Rechtes zu prüfen. In diesem Sinne läßt sich der Arbeit des Verfassers die Anerkennung nicht versagen.

Digitized by Google

II.

Bei der rei vindicatio sollte nach Ansicht des Verfassers der b. f. possessor im Maße seiner Bereicherung haften. Im römischen Recht ist diese Grenze nicht eingehalten: der gutgläubige Besitzer hat unter Umständen weniger als seine volle Bereicherung herauszugeben, indem er die konsumirten Früchte lukrirt, ohne Rücksicht darauf, daß ihm daraus eine positive Vergrößerung seines Vermögens oder eine Ersparniß erwachsen kann. In anderer Beziehung geht die Haftung des b. f. poss. über seine Bereicherung hinaus: er muß die Sache herausgeben, auch wenn er auf ihren Erwerb Kosten verwendet hat. Der Verfasser beschäftigt sich auffallender Weise nur mit der zweiten Abweichung der Vindikation von den Grundsätzen der Bereicherungslehre. Er sieht darin eine ungerechte, kasuistische und den allgemeinen Principien des römischen Rechtssystems widersprechende Benachtheiligung des b. f. poss. Erst die moderne Gesetzgebung habe hier den richtigen Weg eingeschlagen, welcher die Vindikation gegen den gutgläubigen Besitzer dem Typus der Bereicherungsklage annähere.

Den Grund, weshalb die römische Vindikation so streng gegen den b. f. poss. war, sieht der Verfasser in dem Umstande, daß die rei vind. in älterer Zeit fast nur dazu diente, dem Eigenthümer seine durch Delikt (Diebstahl) entzogene Sache zurückzuverschaffen. Die übrigen Anwendungsfälle der Vindikation konnten im System des alten Civilrechts nur selten eintreten: ungültige Eigenthumsübertragungen waren so gut wie ausgeschlossen, solange mancipatio und in iure cessio herrschten, bei deren Gültigkeit es wesentlich auf die Erfüllung der Form ankam. Die Veräußerungsverbote gehören dem späteren Rechte an. Ebenso konnte eine Rückforderung bedingt veräußerter Sachen nicht vorkommen, da manc. und in iure c. keine Bedingungen zuließen. Endlich gab es keinen Anlaß anvertraute Sachen zu vindiciren; denn Pfand, Hinterlegung, Leihe und Hingabe zu ähnlichen Zwecken

Digitized by Google

führten auf dem Wege der fiducia zur Uebertragung des Eigenthumes. So erscheint die rei vindicatio des älteren Rechtes praktisch auf die durch Delikt entzogenen Sachen beschränkt gewesen zu sein; sie war eine Begleiterin der a. furti. Wie nun das ältere Recht bei der Diebstahlsklage den Standpunkt des Bestohlenen einnahm und nach dem Verschulden des Beklagten wenig fragte (a. furti concepti), so wurde auch bei der rei vind. die Schuldlosigkeit des b. f. poss. nicht berücksichtigt. Die vindicatio erhielt den Charakter einer streng dinglichen Klage, gerichtet auf Herausgabe der Sache, ohne Entschädigung für den Verlust, der dabei dem gutgläubigen Erwerber zugefügt werden konnte.

Mit dem Aufkommen der Eigenthumsübertragung durch formlose Tradition und mit der Verdrängung der fiducia durch die Realkontrakte mehrten sich die Fälle, in welchen Jemand ohne Delikt in den Besitz einer fremden Sache kam und über dieselbe faktisch wie der Eigenthümer verfügen konnte. Demgemäß diente die Vindikation nicht mehr ausschließlich zur Verfolgung gestohlener Sachen. Es hätte daher, meint der Verfasser, eine Milderung der Vindikation zu Gunsten des b. f. poss. eintreten sollen. Allein weder Gesetz, noch Prätor oder Jurisprudenz kommen ihm zur Hilfe; es blieb bei der Restitutionspflicht ohne Lösungsanspruch.

Dieser, nach Ansicht des Verfassers auffallende, Rechtszustand erklärte sich zum Theil aus der kurz befristeten Usukapion, aber nur zum Theil, da die weite Auslegung des Begriffes der res furtiva in vielen Fällen die Ersitzung durch den b. f. poss. ausschloß. Wichtiger für das Verständniß der strengen römischen Vindikation ist die ebenso strenge Gestaltung der Eviktionshaftung: der Verkäufer hat, auch wenn ihm kein Vorwurf gemacht werden kann, das volle Interesse des Käufers zu ersetzen. Damit ist die Rechtsstellung des b. f. poss. ex causa onerosa, dem die Römer jeden direkten Schutz gegenüber dem Eigenthümer versagten, auf indirekte Weise sehr energisch gesichert. In dem weitgehenden

Digitized by Google

Eviktionsregresse ist der Grund zu suchen, welcher eine, von der Billigkeit postulirte, Abschwächung der Vindikation gegen den gutgläubigen Erwerber entbehrlich machte. Allerdings erblickt der Verfasser in der strengen Eviktionshaftung des schuldlosen Verkäufers eine zweite Ungerechtigkeit, zu welcher das römische Recht durch die Konsequenzen seines unerbittlichen Vindikationsprincipes gedrängt wurde.

Der innere Zusammenhang zwischen der vindicatio gegen den b. f. poss. und seinem Eviktionsregreß hat in einem Falle schon im römischen Recht den Ausschluß der Vindikation herbeigeführt. Wer von einem gutgläubigen Erbschaftsbesitzer kauft, kann sich gegen die Vindikation des wahren Erben schützen, weil sonst der b. f. poss. hereditatis, der doch nicht über den Betrag seiner Bereicherung hinaus haften soll, indirekt vermöge seiner Eviktionshaftung einen Schaden erleiden würde. Das bekannte fr. 25 § 17 de h. p. 5, 3, welches diesen Satz enthält, wir vom Verfasser nicht genügend in seinem Sinne verwendet. Diese Stelle ist m. E. zweifellos interpolirt, und zwar formell recht ungeschickt, aber das, was die Kompilatoren zugesetzt haben, ist nicht, wie neuerdings Eisele (Ztschr. der Sav.-Stift. X, S. 302) annimmt, ein unbesonnener Einfall, sondern eine ganz konsequente Fortbildung des dem SC. Juvent. zu Grunde liegenden Principes.

Die neueren Gesetzgebungen haben, durch germanische Einflüsse und Rücksichten auf die Verkehrssicherheit geleitet, die Rechtslage des gutgläubigen Erwerbers bedeutend gebessert: oft wird er in orginärer Weise Eigenthümer, in anderen Fällen hat er wenigstens einen Lösungsanspruch. Das Lösungsrecht findet Verfasser schon in einzelnen Sätzen des römischen Rechtes anerkannt. Er citirt c. 16 de praed. 5, 71, wo dem Käufer eines ohne obervormundschaftliche Erlaubniß veräußerten Grundstückes ein Retentionsrecht zur Rückerlangung des Kaufpreises gewährt wird. Dieser Rechtssatz läßt sich m. E. nicht als Vorläufer des modernen Lösungsanspruches betrachten; denn der Käufer erhält nicht

Digitized by Google

die Summe zurück, welche er zur Anschaffung der Sache aufgewandt hat, sondern nur soviel, als dem Vindikanten aus dem Kaufpreise zu Gute gekommen ist; und ferner steht dieses Retentionsrecht nicht nur dem b. f. Erwerber zu, sondern auch dem Käufer, welcher die Ungültigkeit des Rechtsgeschäfts kannte; denn in beiden Fällen handelt es sich darum, eine ungerechtfertigte Bereicherung des vindicirenden minor zu verhüten.

Die zweite vom Verfasser herangezogene Stelle ist fr. 6 de capt. 49, 15. In dieser, wie übrigens in zahlreichen anderen Stellen, wird dem redemptor captivi ein Quasipfandrecht für den gezahlten Kaufpreis zugesprochen. Allein auch dieser Rechtssatz beruht m. E. auf einer ganz anderen ratio als der moderne Lösungsanspruch: durch letzteren sollen die Interessen des gutgläubigen Käufers gewahrt, er soll vor einem Schaden beschützt werden, den er beim Kauf nicht hat vorhersehen können. Der redemptor captivi dagegen hatte ein Recht auf den Kaufpreis, auch wenn er wußte, daß er eine ehemals fremde Sache kaufte; denn gerade durch die redemptio brachte er die Sache wieder unter die Herrschaft des römischen Rechtes und damit in den Bereich des früheren Eigenthümers. Die redemptio capt. erscheint daher als eine Verwendung auf die Sache, welche dem Eigenthümer zu Gute kommt und daher von ihm zu tragen ist.

Angesichts der günstigeren Stellung, welche das moderne Recht dem b. f. Erwerber bei der vindicatio einräumt, entsteht die Frage, ob die strenge Eviktionshaftung des römischen Rechts vom legislativen Standpunkte aus Berechtigung hat: werden die vom Gesetzgeber für erheblich erachteten Interessen des gutgläubigen Erwerbers direkt, d. h. auf Kosten des Vindikanten geschützt, so mindert sich das Bedürfniß des indirekten Schutzes auf dem Wege des Regresses gegen den Verkäufer. Wenn letzterer selbst in bona fide war, so scheint kein Grund vorzuliegen, warum er dem Käufer den Eviktionsschaden (soweit er nicht durch das Lösungsrecht abgewendet wird) voll ersetzen soll. Der Kauf ist

Digitized by Google

ja im Interesse sowohl des Verkäufers als des Käufers geschlossen. In der That findet sich im Preußischen, Oesterreichischen und Schweizer Recht entsprechend der besseren Stellung des gutgläubigen Erwerbers im Vindikationsprozesse eine nach dem Grade der Schuld abgestufte Eviktionshaftung. Der Entwurf I § 377 hat sich dieser Richtung nicht angeschlossen und läßt es bei der römischen Eviktionshaftung auch des b. f. Verkäufers für das volle Interesse des Käufers bewenden. Die zweite Lesung ist hier gegenüber dem Verkäufer insofern milder, als nach § 215 die Haftung des Schuldners allgemein auf den voraussehbaren Schaden beschränkt ist.

III.

In seiner dritten Abhandlung unternimmt **Grimm** den Nachweis, daß der Inhalt der condictio indebiti gegen den gutgläubigen Empfänger sich genau nach dessen gegenwärtiger, direkter und indirekter Bereicherung bemesse. Das Princip sei in den Quellen nicht mit genügender Bestimmtheit ausgesprochen, man müsse es aus den Einzelentscheidungen abstrahiren. Dabei kommt in Betracht, ob das indebite solutum eine Species, eine Geldsumme oder eine Quantität sonstiger fungibler Sachen ist.

Im Falle der Speciesleistung ist die herrschende Ansicht, der sich Verfasser anschließt, in den Quellen begründet. Herauszugeben ist: die empfangene Sache, wenn sie noch vorhanden ist; sonst das Aequivalent, das an ihre Stelle getreten ist resp. der Betrag der durch Ersparniß erzielten Bereicherung. Dazu die gezogenen Früchte und sonstiger Gewinn aus der Sache. (Hier, wie übrigens auch in den Untersuchungen von Petrazycki, vermißt man eine Erörterung über die Frage, warum die Römer den b. f. Empfänger eines indeb. die Früchte, soweit er durch sie bereichert ist, restituiren lassen, während der b. f. poss. bei der Vindikation die konsumirten Früchte auch dann lukrirt, wenn ihr Werth sich noch in seinem Vermögen befindet.) Zur Ermittelung der effektiven Bereicherung werden die Aufwendungen des

Digitized by Google

Empfängers in Abzug gebracht, und zwar, wie Verfasser behauptet, nicht bloß die Ausgaben, welche der erhaltenen Sache dienten, sondern auch die, welche bloß durch den irrigen Glauben des Empfängers, definitiv reicher geworden zu sein, veranlaßt sind. Der Verfasser argumentirt so: Der Empfänger eines indeb., der sich für reicher hält, als er ist, will eine Liberalität vornehmen. Er könnte sich das dazu nöthige Geld durch Veräußerung der erhaltenen Sache verschaffen und würde damit den Betrag seiner Haftung herabmindern. Wenn er nun statt dessen das Geld aus seiner eigenen Kasse nimmt, soll er das nicht anrechnen dürfen? Offenbar ist es doch ein Zufall, ob er den einen oder den anderen Weg wählt. Nicht berücksichtigt sind hierbei die Quellenstellen, in welchen diese Frage gelegentlich der hered. pet. besprochen wird, z. B. fr. 25 § 12 de h. p. 5, 3.

Was Geldzahlungen anbetrifft, so wird von Gaius III, 91 berichtet, daß die Rückforderung mit derselben Formel, wie beim mutuum geltend gemacht wurde. Daraus kann man schließen, daß der Empfänger eine generisch bestimmte Leistung schuldet d. h. genau soviel zurückzugeben hat, als er erhielt. Damit stimmt überein, daß dem Kondicenten in mehreren Stellen jeglicher Zinsanspruch abgesprochen wird. Grimm sucht beide Konsequenzen zu widerlegen. Der Hinweis des Gaius auf die Gleichheit der Formel ex mutuo und ex indebito soluto soll sich nur auf die Aehnlichkeit des Entstehungsgrundes beider Klagen (res) beziehen. Im Erfolge soll die cond. indeb. auf die noch vorhandene Bereicherung gehen. Die hauptsächlich auf fr. 8 § 22 de trans. 2, 15 basirte Beweisführung hat mich nicht zu überzeugen vermocht: abgesehen von der Formelkonception, welche der Verfasser wohl zu leicht nimmt, scheint mir fr. 66 de solut. 46, 3 ein starkes, vom Verfasser nicht widerlegtes Argument für die Summenhaftung des Empfängers von Geld abzugeben; man hätte gegen den pupillus, der eine Geldzahlung indebite erhalten hat, keine utilis actio in quantum locupletior factus est gebraucht, wenn die

Digitized by Google

cond. indeb. über diesen Betrag nicht hinausgegangen wäre. Verfasser findet einen Unterschied zwischen diesen beiden Klagen darin, daß bei der cond. indeb. der Beklagte den Wegfall resp. die Minderung der einmal eingetretenen Bereicherung nachzuweisen hatte, während es bei der a. utilis gegen den pupillus dem Kläger obgelegen hätte, die gegenwärtige Bereicherung des Unmündigen zu beweisen. Diese Behauptung läßt sich jedoch aus den Quellen nicht erhärten.

Ebensowenig ist es dem Verfasser m. E. gelungen, zu beweisen, daß die cond. indeb. des römischen Rechts sich auch auf Zinsen erstrecken konnte. Es geht, wie ich glaube, über das Maß der beim Kodex zulässigen restriktiven Interpretation hinaus, wenn Verfasser die c. 1 de cond. ind. 4, 5 so deuten will, als ob die wirklich gezogenen Zinsen dnrch diese Entscheidung nicht ausgeschlossen seien. Wenn ferner Verfasser in fr. 31 de pec. const. 13, 5 einen positiven Beleg für die Verzinslichkeit der cond. indeb. findet, so beruht das auf einem offenbaren Mißverständniß: denn in dieser Stelle handelt es sich um indebite gezahlte Zinsen (nicht um die Zinsen einer indebite gezahlten Summe), deren Betrag bei der Rückforderung selbstverständlich als Kapital erscheint. Grimm meint nun, es sei doch ökonomisch dasselbe, ob der Beklagte für eine vermeintliche Forderung vom Schuldner Zinsen bezogen oder die vermeintlich geschuldete Summe erhalten und an einen Dritten zinsbar ausgeliehen hat. Dabei übersieht Grimm, daß ja nach der von ihm bekämpften Meinung der Empfänger im zweiten Falle (wenn er das erhaltene Kapital ausgeliehen hat) die Gefahr des zinsbringenden Geschäftes trägt, so daß es sich sehr wohl erklären läßt, warum die Römer ihn den Zins lukriren ließen. — Somit scheint mir die herrschende Lehre über die cond. indeb. bei Geldsummen vom Verfasser nicht widerlegt zu sein; daß ihr gewichtige Bedenken entgegenstehen, will ich nicht leugnen, vgl. neuerdings Petrazycki, Einkommen Bd. II S. 14 fg.

Digitized by Google

Große Verschiedenheit der Meinungen herrscht bekanntlich in der Frage der Rückforderung von Fungibilien. Verfasser entscheidet sich in konsequenter Durchführung seines Principes der Bereicherung dafür, den Empfänger auf Rückgabe des idem haften zu lassen, wenn es bei ihm noch vorhanden ist; sind die empfangenen Fungibilien verbraucht oder veräußert, so ist die in der Ersparniß resp. dem erhaltenen Aequivalent bestehende Bereicherung zu restituiren. Wie soll es bei Vermischung der erhaltenen Fungibilien mit einem eigenen Vorrath des Empfängers gehalten werden? Grimm meint, daß Verschlechterung oder Verlust, der die ganze Masse trifft, die Restitutionspflicht im Verhältniß der empfangenen zu der schon früher vorhandenen Quantität mindert. Die Worte des fr. 65 § 6 de cond. ind. 12, 6: in frumento indebite soluto et bonitas est sollen bedeuten: es kommt die bonitas qualis est tempore restitutionis in Betracht. Verfasser meint, daß auf dieser Grundlage die Auseinandersetzung zwischen den betheiligten Personen gar keine Schwierigkeiten bietet. Ich glaube, er sieht die Dinge zu optimistisch an. Denken wir uns ein Getreidelager, welches 900 Centner enthält. Nun kommen 100 Centner indebite hinzu. Nach einem Jahre wird die cond. indeb. angestellt. Während dieser Zeit sind 100 Centner verdorben, 50 Centner gestohlen. Demgemäß wäre nach Ansicht des Verfassers bei der Rückforderung ein Abzug von 15% zu machen. Dabei wäre aber übersehen, daß der Bestand des Lagers durch Zukauf und Verkauf fortwährend wechselt. Um daher genau zu bestimmen, welcher Antheil an jedem Verluste den Kondicenten trifft, müßte man konstatiren, wie groß die Gesammtmasse zur Zeit eines jeden der betreffenden Ereignisse war. Sehr einfach wird sich eine solche, in der Konsequenz der vom Verfasser vertretenen Ansicht liegende, Berechnung nicht machen.

IV.

Die letzte Abhandlung ist der Versio in rem gewidmet. Verfasser betont mit Recht, daß die Schwierigkeiten und schein-

Digitized by Google

baren Widersprüche in den Quellen sich daraus erklären, daß wir Ueberreste verschiedener Rechtsschichten vor uns haben. Er sucht durch genaue Betrachtung der Aussprüche der einzelnen römischen Juristen ein Bild von der Entwickelung der Version zu gewinnen. Die Resultate, zu denen Verfasser dabei gelangt, habe ich in meiner Schrift über die A. de in rem verso (Freiburg und Leipzig 1895, hier citirt als Versio) auf S. 287 kurz angegeben und einer Kritik unterworfen.

Die Versionsklage ist nach Ansicht des Verfassers als eine Ergänzung der a. de peculio entstanden, um eine ungerechtfertigte Bereicherung des Herrn oder Vaters zu verhindern. Eine solche Bereicherung war dadurch möglich, daß Naturalforderungen des Sklaven gegen seinen Herrn von dem Belieben des letzteren abhängig waren (vgl. dagegen Versio S. 12 fg.). Späterhin löste sich der Zusammenhang mit dem Pekulium; die Versionsklage wurde selbstständig: sie entstand auch aus Geschäften solcher personne subiectae, welche ein Pekulium nicht besaßen (vgl. darüber Versio S. 242 fg.).

Der häufigste und praktisch wichtigste Fall, in welchem der Herr sich aus einem Geschäft des Sklaven auf Kosten von dessen Gläubiger bereichern konnte, war der einer Geschäftsführung des Sklaven für seinen Herrn. Auf diesen Fall war die Versionsklage ursprünglich berechnet; ihre weitere Entwickelung verdankt sie der Jurisprudenz der Kaiserzeit. Eine Gruppe von Juristen erweiterte das Anwendungsgebiet der Versionsklage: es sollte nicht mehr auf eine Geschäftsführung des Sklaven, sondern nur auf die Bereicherung des Herrn auf Kosten des Gläubigers ankommen. Zu dieser Gruppe sollen gehören Labeo, Prokulus, Javolenus, Neratius, Mela und Julian, also Vertreter beider Schulen.

Verfasser spricht von den „Rationalisten der Versionslehre". Eine Bestätigung dafür, daß die Versionsklage durch Fallenlassen des Erfordernisses ausgedehnt wurde, findet Grimm in fr. 20

Digitized by Google

pr. fr. 21 h. t. 15, 3. Scävola ſoll hier von einer a. de in r. v. utilis deshalb ſprechen, weil er in der Zulaſſung dieſer Klage trotz fehlenden animus neg. ger. eine Neuerung ſieht (vgl. Versio S. 256). Ebenſo rechnet Verfaſſer den Pomponius zu den Juriſten, welche nur zögernd die Verſionsklage auf ſolche Thatbeſtände ausdehnten, in denen die pers. subiecta nicht als Stellvertreterin des Herrn gehandelt hat. Die a. in quantum locupletior factus est pater des fr. 5 § 8 de n. g. 3, 5 ſoll eine Verſionsklage ſein, welcher der Juriſt den techniſchen Namen a. de in r. v. nicht zu geben wagte (vgl. dagegen Versio S. 249).

Eine Reihe ſpäterer Juriſten, an ihrer Spitze Afrikan (fr. 17 pr. h. t.) ſoll der Ausdehnung der Verſionsklage auf alle Fälle der Bereicherung entgegengetreten ſein. Dazu wurden ſie, ſagt der Verfaſſer, „offenbar veranlaßt durch das Studium der hiſtoriſchen Ausgangspunkte der Klage". Sie verlangten in der Perſon des Sklaven contemplatio domini, aber ſie konnten Angeſichts der Anforderungen des praktiſchen Rechtslebens an der hiſtoriſchen Grundlage ihrer Lehre nicht ſtreng feſthalten und kamen daher zu ſchwankenden und widerſpruchsvollen Entſcheidungen. So beſonders Ulpian, deſſen Ausſpruch in fr. 7 § 1 h. t. ein ſophiſtiſcher Verlegenheitsbehelf ſein ſoll (vgl. Versio S. 198) und dem eine bedenkliche Unklarheit über den Unterſchied zwiſchen versio und negot. gestio in fr. 3 §§ 9, 10 und fr. 10 § 5 h. t. vorgeworfen wird (vgl. Versio S. 172 fg.). Ebenſo ſoll bei Paulus, Rec. Sent. II, 9 die Verſionsklage in Folge zu ſtarker Betonung der contemplatio domini entgleiſt und in die Bahnen der a. neg. gest. gerathen ſein.

Im Ganzen bietet die Verſionslehre der ſpätklaſſiſchen Jurisprudenz in der Darſtellung des Verfaſſers das Bild einer vollſtändigen déroute, angeblich herbeigeführt durch den hiſtoriſchen Eigenſinn der Juriſten, welche die von ihren Vorgängern durchgeſetzte extenſive Interpretation des Verſionsediktes ohne jeden praktiſchen Zweck rückgängig zu machen ſuchten. Derartiges iſt

Digitized by Google

wohl in der Rechtswissenschaft unseres Jahrhunderts vorgekommen, für die römische Jurisprudenz dagegen sehr wenig wahrscheinlich. Papinian, Ulpian und Paulus stehen zu dem Gewohnheitsrecht ihrer Tage ganz anders, als die Schüler Savigny's zum usus modernus pandectarum.

Angesichts des unlösbaren Widerspruchs, den Grimm zwischen den einzelnen römischen Juristen annimmt, gibt er für das justinianische Recht den Anhängern der Bereicherungstheorie den Vorzug. Er bezeichnet ihre Lehre — wohl sehr übertrieben — als „vollendet, streng durchdacht und konsequent durchgeführt" und glaubt mit ihrer Hilfe leicht durch das Gewirre der einzelnen Fälle hindurch zu kommen. In diesem Sinne wird der Versuch gemacht, nachzuweisen, daß der Umfang der Versionshaftung von allen römischen Juristen, auch von Ulpian, auf den Betrag der Bereicherung des Herrn beschränkt wurde; eine Erscheinung, welche, wie Verfasser selbst bemerkt, um so mehr auffallen muß, wenn man annimmt, daß Ulpian das Fundament der Versionsklage im Gegensatz zu der älteren Lehre nicht in der Bereicherung, sondern in der Geschäftsführung des Sklaven suchte.

Die Uebertragung der Versionsklage auf den Verkehr gewaltfreier Personen hält Grimm für bewiesen durch C. 7 § 1 quod cum eo 4, 26. Er sieht darin eine schon von Diokletian eingeführte Neuerung und glaubt, daß diese Uebertragung in den Quellen nur für den Fall der Geschäftsführung vorgeschrieben ist. Das soll jedoch ein Stillstand in der Entwickelung sein, welche, konsequent fortgeführt, zu einer Rückforderung jeglicher mittelbarer Bereicherung führen muß, wie das die Juristen des vorigen Jahrhunderts in einer allerdings konfusen und quellenwidrigen Weise lehrten.

Diese Ansicht Grimm's ist nichts anderes, als eine Schlußfolgerung aus seinem Axiom, daß jede Bereicherung, welche als ungerechtfertigt erscheint, der Rückforderung unterliegen sollte. Hätte Verfasser sich nicht durch die scheinbare Einfachheit seines

Digitized by Google

Grundgedankens blenden lassen und die Konsequenzen näher überlegt, welche sich aus der Durchführung der von ihm de lege ferenda für wünschenswerth erachteten Versionsklage ergeben, hätte er namentlich den Konkurs, den Prüfstein aller komplicirten Rechtsbeziehungen, in's Auge gefaßt, so wäre er zur Einsicht gekommen, daß eine Versionsklage nicht überall zulässig ist, wo D durch Vermittelung des G auf Kosten des C bereichert zu sein scheint, sondern nur da, wo es ohne Schädigung der übrigen Gläubiger des G und ohne Perturbation des Konkursrechtes möglich ist. Die Analogie des Konkurses hätte dann auch eine sachgemäße Würdigung des Pekuliarrechtes ermöglicht und zu der Ueberzeugung geführt, daß sich die versio in rem nicht mit dem einfachen und eben deshalb hier unergiebigen Begriff der Bereicherung identificiren läßt.

Sehr eingehend werden die Quellenstellen besprochen, welche von der Haftung der durch das Delikt eines Dritten bereicherten Person handeln. Allein Verfasser gesteht selbst zu, daß aus der Menge nicht ganz übereinstimmender Detailsätze ein allgemeines Princip für das römische Recht sich nicht gewinnen läßt. Dies Resultat scheint mir zum Theil in dem Zustand der Quellen und der mangelhaften Systematik der römischen Juristen begründet zu sein. Doch ist m. E. die vom Verfasser aufgewendete Mühe auch hier dadurch paralysirt, daß er keinen Unterschied zwischen Version und Bereicherung kennt. Er wundert sich z. B. selbst darüber, daß die Pandektenjuristen die cond. furt. gegen den Herrn bis zur Höhe der Bereicherung gewähren, dabei aber beharrlich den Namen der Versionsklage vermeiden. Ich sehe darin (vgl. Versio S. 161 fg.) kein Spiel des Zufalls, sondern einen neuen Beweis dafür, daß die Version auf einem anderen Fundamente, als die condictio, ruhte, und daß dieses Fundament bei einem Diebstahl der pers. subiecta fehlte.

Basel, Februar 1896. A. v. Tuhr.

Digitized by Google

3. Dr. A. Randa. Der Besitz nach österreichischem Rechte mit Berücksichtigung des gemeinen Rechtes, des preußischen, französischen und italienischen, des sächsischen und züricherischen Gesetzbuches. Vierte durchgesehene und vermehrte Auflage. Leipzig, Breitkopf & Härtel, 1895.

Das vorliegende Werk ist den Manen von Savigny, Bruns und Ihering gewidmet. Daß darunter auch Ihering's Manen sind, steht in einem gewissen Widerspruch mit der Vorrede, die Ihering anklagt, durch sein letztes Werk „in der gemeinrechtlichen Jurisprudenz — und nicht bloß in dieser — unabsehbare Verwirrung angerichtet" zu haben. Mit um so größerem Rechte ruft Randa Savigny's Manen an, auf dessen Schultern sein Buch steht und gegen dessen den Neuesten vielfach eigene Unterschätzung er bereits „eine gesunde Reaktion" wahrnimmt. Die Bemerkungen der Vorrede gelten theils der Litteratur, theils insbesondere unserem Reichscivilgesetzentwurf zweiter Lesung, dem Randa nicht ohne Grund namentlich die precäre Stellung vorwirft, die nach ihm der mittelbare Besitzer sowohl dem Detentor als Dritten gegenüber hat. Mit Unrecht nimmt er aber einen Widerspruch an zwischen §§ 778 und 790 (§§ 839 und 852 des dem Reichstage vorgelegten Entwurfs); denn der erste Paragraph meint nur Personen, die in fremdem Dienste stehen, und zu diesen gehört der Depositar nicht.

Der Inhalt des Buches ist in der neuen Auflage ein wesentlich anderer nicht geworden, und die zahlreichen durch die Rücksicht auf neuere Litteratur veranlaßten Zusätze bezwecken meistens die Vertheidigung der vom Verfasser schon bisher aufgestellten Sätze. Insbesondere hält, was den Begriff des Besitzes angeht, der Verfasser fest an seiner Bezeichnung als „der thatsächlichen Herrschaft über die Sache", die nach einmal erfolgter Unterwerfung soweit reiche „als man erfahrungsgemäß unseren Herrschaftswillen gewöhnlich respectirt". Speciell gegen Strohal bemerkt Randa, der Besitz sei „gewiß nicht" bedingt durch die Absicht des Behaltens. „Oder besitze ich nicht auch den eben gekauften Apfel,

Digitized by Google

den ich sofort verspeisen will?" Von diesem Apfel läßt sich aber nicht sagen, ich wolle ihn nicht behalten; denn unzweifelhaft will ich behalten, was ich, so lange es existirt, nicht mehr aus meiner Herrschaft entlassen will, ohne Rücksicht darauf, ob es um die Conservirung oder um die Consumption der Sache mir zu thun ist. Und die Absicht des Behaltens zwar nicht auf immer, aber doch auf Weiteres, die affectio tenendi, fordert nicht nur der juristische Besitz, sondern auch schon die Detention. Nehme ich eine Sache in die Hand, um nur mit ihr zu spielen oder sie zu besichtigen, auf eine bestimmte Eigenschaft zu prüfen u. dgl., so ergreife ich nicht von ihr Besitz.

Als nothwendige Consequenz des für den juristischen Besitz erforderlichen Willens, „die Sache wie eigen zu behandeln", betrachtet R. die Nothwendigkeit des Beweises jenes Willens. Der gegentheiligen Annahme hält er für das österreichische Recht den § 309 des bürgerlichen Gesetzbuches entgegen. Fordert aber dieser vom Besitzer einer Sache den Willen, sie als die seinige zu behalten, so ist damit noch nicht gesagt, daß jener Wille eines besonderen Beweises bedarf, was sich um so weniger von selbst versteht, da sich fragen läßt, ob er nicht gegeben ist durch die Geltendmachung des Besitzes. Unstreitig will eine Sache für sich haben, wer sie für sich zu haben behauptet. Allerdings kann dieser Wille der rechtlichen Geltung entbehren, weil der Detentor nicht durch seinen bloßen animus sich in einen juristischen Besitzer zu verwandeln vermag. Folgt aber daraus für den Besitzer die Nothwendigkeit, die Abwesenheit solcher die Geltung des Besitzwillens ausschließenden Umstände nachzuweisen? Juristischer Besitzer ist auch der Dieb, aber doch nicht, weil er gestohlen hat, sondern obgleich er gestohlen hat. Soll er nun, wenn der Gegner behauptet, deshalb nicht den Besitz des Klägers angetastet zu haben, weil dieser die Sache als eine ihm geliehene besessen habe, das Gegentheil beweisen müssen? Der redliche Finder ist nach R. nicht juristischer Besitzer. Soll nun der

Digitized by Google

Besitzschutz des Finders vom Beweise seines animus furandi abhängen? Bezüglich der österreichischen Praxis sieht R. in einer von Pfersche für das Gegentheil angeführten Entscheidung ein sicheres Zeichen der Forderung jenes Beweises. „Ein Bauerngut war dem älteren Sohn B im Erbwege eingeantwortet, aber von ihm (da er im Militärdienst war) nicht in Besitz genommen worden; der jüngere Bruder A jedoch setzte sich, wie die Gründe sagen, in den Besitz des Gutes, unternahm alle mit der Wirthschaftsführung verbundenen Handlungen, wodurch der Besitz ausgeübt wird". Nach seiner Rückkehr verrichtete B die Feldarbeiten gemeinsam mit A; es wurde aber ausschließlicher Besitz des Klägers A angenommen, „weil die Ausführung des Klägers, daß B mit seiner Arbeit ihm bei der Wirthschaftsführung bloß Aushülfe leistete, nur als Gehülfe thätig war, von den Zeugen bestätigt wurde". Es war also hier 1) der Besitz des A als bewiesen angenommen durch den Nachweis seiner Besitzergreifung und Bewirthschaftung. Weder der einen noch der anderen ließ sich aber ansehen, ob sie nicht für einen Andern stattfand; das Gericht hat also dafür, daß A sie für sich vollzogen hatte, keinen besonderen Beweis verlangt. 2) Daß die spätere Theilnahme des B an der Bewirthschaftung des Gutes keine Besitzergreifung war, hat das Gericht nicht deshalb angenommen, weil seine Absicht der Bewirthschaftung des Gutes als eines eigenen nicht bewiesen war, sondern deshalb, weil bewiesen war, daß er nur als Gehülfe an der Bewirthschaftung theilgenommen hatte. R. hebt hervor, daß die Praxis „insbesondere" beim Rechtsbesitz ständig die Nothwendigkeit des Beweises des animus betone. Der Schluß vom Rechtsbesitz auf den Sachbesitz ist aber um so weniger sicher, da § 312 des Gesetzbuchs für den Erwerb des Sachbesitzes lediglich Ergreifung, Betretung u. dgl., für den Erwerb des Rechtsbesitzes dagegen „Gebrauch . . . im eigenen Namen" fordert. Freilich ist nicht jede Ergreifung eine Besitzergreifung; daraus aber, daß für den Erwerb des Sachbesitzes das Erforderniß des Handelns

Digitized by Google

im eigenen Namen nicht ebenso hervorgehoben wird, läßt sich ein Anhaltspunkt dafür gewinnen, daß es nur beim Rechtsbesitze zu den vom Erwerber zu beweisenden Thatsachen gehört.

Ein eigener § 1a bespricht die neueren Besitztheorien. Er gesteht ihnen zu, daß Savigny's Definition der Apprehension zu eng sei, erklärt aber Savigny's Grundgedanken für nicht entkräftet uud sagt: „Unsere Herrschaft reicht soweit, als man unseren Willen thatsächlich respectirt". Schon weiter oben hatte R. betont, die Herrschaft des Besitzers sei oft nur eine relative. Wir theilen mit R. die Annahme, daß Besitzer einer Sache ist, wer sie thatsächlich beherrscht oder als der sie thatsächlich Beherrschende gilt, und daß es insbesondere keinen Sinn hat, die Herrschaft der Person durch die Dienstbarkeit der Sache zu ersetzen, denn die eine ist nicht ohne die andere und auch bei der Begriffsbestimmung des Eigenthums, das gleichfalls ein rechtlicher Zustand sowohl der Sache als der Person ist, gehen wir von dieser aus. Jene Herrschaft ist aber nicht oft, sondern stets eine relative, und sie ist nicht, wie auch R. sie noch nennt, eine physische. Gleich dem Begriffe der Herrschaft gehört der Begriff der Person nicht der Physik an. Wir können aber die Menschen physische Personen nennen, weil sie zugleich körperliche Einheiten sind und ihre Persönlichkeit mit ihrer körperlichen Einheit zusammenhängt. Die Existenz des Besitzes ist dagegen nicht bedingt durch einen körperlichen Zusammenhang seines Objectes mit seinem Subjecte. Daß eine Sache, die ich körperlich festhalte, nicht ohne körperliche Ueberwältigung mir entrissen werden kann, beruht nicht auf meinem Besitze, und vermöge des Verbotes der Eigenmacht wäre solche Ueberwältigung auch dann unzulässig, wenn der Begriff des Besitzes nicht bestände. Gerade darin besteht vielmehr das Besondere dieses Begriffes, daß vermöge desselben auch eine nicht körperlich von mir festgehaltene Sache als eine mir zu Gebote stehende oder von mir beherrschte gilt, deren daher Andere sich nicht bemächtigen können, ohne meine Herrschaft anzutasten.

Digitized by Google

In Ansehung der rechtlichen Natur des Besitzes hält R. fest an der Bezeichnung des Besitzes als eines Faktums, das „beginnt mit dem Ergreifungsakte und endet mit dem Aufhören des körperlichen oder Willensmomentes", was unbestreitbar falsch ist, da die Fortdauer meines Besitzes weder die fortdauernde körperliche Festhaltung der von mir ergriffenen Sache noch die positive Fortdauer des durch ihre Ergreifung geäußerten Willens fordert. Zwar nicht ein factum aber eine res facti ist der Besitz insoweit, als die bezüglich desselben sich erhebenden Fragen nicht durch Bestimmung des Rechtes entschieden sind. Dies gilt von der Frage nach den Bedingungen seiner Existenz nicht durchweg, aber großentheils; weshalb Papinian von ihm sagen konnte, daß er plurimum mutuatur ex iure (l. 49 pr. D. ht.), da das Recht bezüglich der Bedingungen seiner Existenz zwar sonst der Auffassung des Lebens freien Raum läßt, aber doch an bestimmten Punkten eine eigene Entscheidung trifft. In demselben Sinne ist jeder vom Rechte zwar nicht im Allgemeinen, aber doch an bestimmten Punkten fixirte Begriff zwar nicht sonst, aber bezüglich jener Punkte ein Rechtsbegriff. Ist es von rechtlicher Bedeutung, ob ein Verbrechen mit Waffen begangen ist, und hat das Recht bestimmt, daß bestimmte Werkzeuge als Waffen zu erachten oder nicht zu erachten seien, so ist die Frage, ob diese, aber nicht die Frage, ob andere Sachen Waffen sind, durch Rechtsnorm entschieden. Wenn man viel darüber gestritten hat, ob der Besitz mit Savigny sich als Factum und Recht zugleich bezeichnen lasse, so ist er allerdings zwar nicht theils factum theils ius, aber theils res facti theils res iuris in Ansehung der Bedingungen seiner Existenz als solcher, die theils durch Rechtsbestimmung fixirt sind theils nicht. Soweit sie dadurch nicht fixirt sind, entnehmen wir sie der Auffassung des Lebens als einer solchen, die das Recht sich aneignet. Von der Frage nach der rechtlichen Fixirung der Existenzbedingungen des Begriffes ist zu unterscheiden die Frage nach seiner rechtlichen Bedeutung. Ein Verhältniß kann rechtliche Be-

Digitized by Google

deutung haben, ohne daß irgend wie seine Existenzbedingungen sich durch das Recht bestimmen. Dagegen kann ein Verhältniß, dessen Existenz das Recht an irgend einem Punkte normirt, nicht ohne rechtliche Bedeutung sein, da sonst die Frage seiner Existenz ohne jedes rechtliche Interesse wäre. Jedes Verhältniß von rechtlicher Bedeutung ist ein Rechtsverhältniß; es kann aber ein solches sein theils nur im weiteren Sinne eines Verhältnisses von lediglich mittelbarer rechtlicher Bedeutung, theils im engeren Sinne eines für sich berechtigenden oder verpflichtenden Verhältnisses. So ist die Ehe im zweiten, dagegen die Verwandtschaft nur im ersten Sinne ein Rechtsverhältniß, weil sie Rechte oder Pflichten nicht für sich, sondern nur im Fall bestimmter Thatsachen (z. B. des Todes eines Verwandten) begründet. Solche Rechtsverhältnisse, die für sich ein in ihnen stehendes Subject berechtigen, nennen wir auch Rechte. Ob ein solches der Besitz ist, dessen Eigenschaft als Rechtsverhältniß i. w. S. unbestreitbar ist, hängt davon ab, ob seine Existenz als solche den Besitzer berechtigt. Thut sie dies, so ist er, wie in Ansehung seiner Existenzbedingungen theils res facti theils res iuris, so auch in Ansehung seiner Bedeutung sowohl ein thatsächliches Verhältniß als ein Recht. Würde das Recht in Fällen, in welchen das Leben mit Entschiedenheit den Besitz als vorhanden oder nicht vorhanden ansieht, das Gegentheil bestimmen, so würde der nur kraft Rechtsbestimmung existente Besitz nur die durch diese dem Besitze zukommende Bedeutung und der vom Rechte im Widerspruche mit der Anschauung des Lebens verneinte Besitz trotzdem die thatsächlich dem Besitze zukommende Bedeutung haben.

„Aus der faktischen Natur des Besitzes erklärt sich, daß die gesetzlichen Bestimmungen über Erwerb und Verlust von Rechten auf Erwerb und Verlust des Besitzes nicht anwendbar sind, insbesondere, daß es eine Succession in den Besitz nicht gibt" (R.S. 97). Hat aber der Besitz die Bedeutung, den Besitzer zu berechtigen, so finden auf ihn zwar nicht beliebige Normen

Digitized by Google

über die Existenzbedingungen anderer Rechte, aber alle Normen Anwendung, die für die Entstehung oder Endigung jedes Rechtes bestehen; insbesondere versteht es sich von selbst, daß Besitzer für das Recht nicht sein kann, wer überhaupt kein Rechtssubject ist. Wenn sodann der Besitz doch auch in Ansehung seiner Existenz ein Object rechtlicher Bestimmungen ist, so gelten für ihn außerdem alle Normen über die Entstehung und Endigung anderer Rechte, die durch Rechtsbestimmung auf ihn übertragen sind. Bezüglich der Anwendung des Successionsbegriffes aber ist es eine offene Frage nicht nur, ob er nicht durch Rechtsbestimmung auf den Besitz übertragen ist, sondern ebenso, ob der Zusammenhang, den jener Begriff bezeichnet, nicht auch zwischen solchen Personen bestehen kann, die in Ansehung ihres thatsächlichen Verhältnisses zu einer Sache einander ablösen.

Bezüglich des Rechtsbesitzes wendet sich R. gegen die Annahme, „nicht das Object sei beim Sach- und Rechtsbesitz verschieden", unter Anderem mit der Bemerkung, die Ersitzung der manus durch usus beweise, daß „den Römern selbst bei Familienrechten der usus iuris nicht so ferne lag". Object jenes usus war aber doch die Ehefrau, und eine Ausübung der manus war er um so weniger, da er lediglich in der thatsächlichen mit der eigenen Zustimmung der Frau platzgreifenden Realisirung der ehelichen Gemeinschaft bestand. Ganz unverwendbar ist nach R. im Gebiete des Rechtsbesitzes „der Begriff der Detention". Dieser Satz ist aber keinesfalls zutreffend bei demjenigen Rechtsbesitze, der vom Sachbesitze nur durch den beschränkteren animus des Besitzers sich unterscheidet. Vermietet der Usuar die Sache, so müßte er mit der Inhabung seinen Rechtsbesitz verlieren, wenn ihm nicht für diesen die Inhabung des Mieters ebenso als eigene angerechnet würde, wie der juristische Besitzer der Sache trotz der aufgegebenen eigenen Inhabung Besitzer bleibt durch die Inhabung des Detentors. Wie der Usuar den usus für sich und die Sache für den Eigenthümer oder, was dasselbe ist, die Sache quoad usum für

Digitized by Google

sich und zugleich im Uebrigen für den Eigenthümer besitzt, so ist die Inhabung seines Mieters quoad usum eine Detention im Namen des Usuars, im Uebrigen eine Detention im Namen des Eigenthümers.

Bezüglich des Besitzerwerbes erklärt es R. zunächst für eine „doctrinäre Frage", ob er „eine Willenserklärung bezw. ein Rechtsgeschäft sei", fügt aber bei: „der Charakter der Willenserklärung sollte nicht bezweifelt werden". Doch ist die Frage, ob der Besitzerwerb zu den Rechtsgeschäften gehöre, von praktischer Bedeutung wegen der von ihrer Entscheidung abhängenden Frage, ob auf ihn die Normen über Rechtsgeschäfte Anwendung finden, und eine Willenserklärung ist der Besitzerwerb als solcher nicht. Nehme ich eine Sache in die Hand, um sie zu behalten, so ist ihre Ergreifung eine Besitzergreifung; nehme ich sie in die Hand, um sie zu besichtigen, so liegt eine Besitzergreifung nicht vor. Ob meine Ergreifung den einen oder den anderen Zweck hat, läßt sich ihr nicht ansehen. Jede Willenserklärung ist aber eine Bezeichnung ihres Inhaltes als eines gewollten.

Als erstes Erforderniß der Besitzergreifung nennt R. die unmittelbare Gegenwart bei der Sache (S. 403). Unter Umständen genüge diese, unter Umständen seien noch andere Thatsachen erforderlich, so namentlich, wenn die Sache in der Macht eines anderen sich befinde. Es ist aber nicht erst die fremde Macht, vermöge welcher die bloße Gegenwart zur Begründung eigener Macht nicht genügt, sondern es kann nur in Fällen der Tradition die reale Ergreifung ersetzt werden durch die Angesichts der dem Zugriffe des Erwerbers offen liegenden Sache vollzogene Erklärung des Tradenten. Durch den bloßen Entschluß, einen auf einem öffentlichen Platze lagernden Holzhaufen mir anzueignen, werde ich auch dann nicht sein Besitzer, wenn er in Niemandes Besitz sich befindet, und auch dann, wenn der bisherige Besitzer einer Sache zu ihrer Aneignung mich ermächtigt hat, bin ich nicht schon dadurch Besitzer geworden, daß ich mich aufgemacht habe, um

Digitized by Google

sie mir anzueignen, und bei der Sache angelangt bin. Werde ich nun vom Schlage gerührt oder kehre ich um, ohne die Sache ergriffen oder das Grundstück betreten zu haben, so habe ich den Besitz nicht erworben. Es ist also unrichtig, wenn R. als „Besitzergreifungsakt" bezeichnet „die bloße unmittelbare Gegenwart mit dem Besitzergreifungswillen, vorausgesetzt, daß der sofortigen physischen Ergreifung nichts im Wege steht" (S 411). Merkwürdiger Weise wirft R. die Frage gar nicht auf, ob jene Gegenwart überhaupt ein „Akt" ist. Ausdrücklich läßt er sie auch zur Occupation bei herrenlosen Sachen genügen. Wer also am Meeresstrande eine zu seinen Füßen liegende Muschel gesehen und sie sich anzueignen beschlossen hatte, der wäre auch dann ihr Besitzer und Eigenthümer geworden, wenn ihm gleich nachher ein anderer Gedanke durch den Kopf gefahren wäre und er deshalb die Muschel aufzuheben unterlassen hätte. Vollzogen wäre hier die Besitzergreifung durch den in keiner Weise geäußerten Entschluß. Daß aber diesem solche Bedeutung zukommen sollte, wäre im. ganzen Rechte ohne Beispiel und widerspräche speciell für den Besitz auf's Schroffste dem Satze, daß der Detentor nicht durch seinen bloßen animus sich in einen Besitzer verwandeln kann. Nun soll allerdings nach R. „die Gegenwart unter Umständen oder in einer Art erfolgen, welche über die Richtung und den Anhalt des Willens keinen vernünftigen Zweifel zulassen" (S. 412). Er beruft sich dafür auf § 863 des österr. bürg. Gesetzb., der von der stillschweigenden Willenserklärung handelt. Ganz abgesehen aber von der Subsumtion der Besitzergreifung unter die Willenserklärungen und der „Gegenwart" unter die Handlungen läßt sich auch für die unter solchen Umständen platzgreifende Gegenwart jener Erfolg nicht behaupten. Wer ausgezogen ist, um am Meeresstrande Muscheln oder im Walde Streu u. dgl. zu holen, befindet sich ohne Zweifel unter den von R. geforderten Umständen bei den von ihm gesuchten Sachen und wird doch ihr Besitzer erst durch ihre Ergreifung. Ebenso wer hingeht, um

Digitized by Google

kraft der Ermächtigung des bisherigen Besitzers eine Sache abzuholen. Und hat nicht auf's Deutlichste die Aneignungsabsicht kundgegeben, wer dolos behauptet, die bei ihm deponirte Sache sei ihm geschenkt worden? Gleichwohl wird er nicht juristischer Besitzer durch eine solche Erklärung, sondern lediglich durch contrectatio. Es beruht auf ungenügender Unterscheidung zwischen den Fällen der Tradition und der Occupation, wenn man der bloßen Gegenwart bei der Sache und der bloßen Willenserklärung auch für diese Bedeutung zuschreibt, während es nur die Erklärung des Tradenten ist, die als eine vom Anderen entgegengenommene Besitzübergang bewirkt in Verbindung mit der für den anderen bestehenden Möglichkeit, sich der Sache zu bemächtigen.

In Beziehung auf Mobilien erklärt R., es werde im Allgemeinen zum Besitzerwerbe in der Regel eine gewisse Verwahrung nothwendig sein (S. 417). Er drückt sich hier sehr vorsichtig aus, sofern er nur eine gewisse Verwahrung fordert, sie nur im Allgemeinen und in der Regel verlangt und dieses ganze Erforderniß nicht als ein unzweifelhaftes hinstellt. Gleichwohl verlangt er unstreitig zu viel. Vorher hatte er die bloße Gegenwart für genügend erklärt, „vorausgesetzt, daß der sofortigen physischen Ergreifung nichts im Wege steht". Jetzt übergeht er die körperliche Ergreifung, die doch als eine wirklich vollzogene den Besitz um so mehr begründen muß, wenn ihn schon ihre Möglichkeit begründen soll, und verlangt vielmehr Verwahrung. Diese ist aber nicht ein Act der Besitzergreifung, sondern ein Act der Sicherung des ergriffenen Besitzes. Als Fälle derselben nennt R. Bewachung und Hinterlegung. Ausdrücklich nennt er sie Besitzerwerbsacte. Um aber etwas an einem bestimmten Orte hinterlegen zu können, muß ich es schon besitzen, und ebenso soll die Bewachung nicht meine Herrschaft über das Bewachte erst begründen, sondern ihren Verlust verhüten. Die Quellen erwähnen die Verbringung einer Sache in meine custodia nicht als ein Erforderniß

Digitized by Google

des Besitzerwerbes, sondern als eine Handlung, die, wenn sie mit meinem Willen geschieht, meine Ergreifung ersetzt.

Die Erörterung der Frage, ob der Besitz Object einer Succession sei, eröffnet R. mit dem Satze, Besitz werde „nur durch Handlungen erworben, welche die thatsächliche Herrschaft über die Sache vermitteln — daher weder durch bloßen Vertrag noch durch Erbgang", wobei er hinzufügt: „bedenklich erscheint die Sache nur in Ansehung des Erbganges". Doch ist gerade für diesen, was das römische Recht angeht, unzweifelhaft, daß Besitz durch ihn nicht übergeht. Darauf, daß der Erbe als solcher zwar ein Recht auf den Besitz des Nachlasses, aber nicht schon diesen Besitz selbst hat, beruht die ganze Structur der hereditatis petitio. Daß die Ersitzung des Verstorbenen sowohl für die hereditas iacens als für den Erben weiterläuft, wird ausdrücklich als Ausnahme von dem sonstigen Erfordernisse des während der ganzen Ersitzungszeit bestehenden Besitzes bezeichnet. Aus dieser Behandlung des römischen Rechtes folgt aber nicht die begriffliche Notwendigkeit der Unvererblichkeit des Besitzes. Sobald, was in Rom von Altersher nicht der Fall war, die Sitte des Lebens die zur Zeit des factischen Herrn entbehrende Habe eines Verstorbenen ebenso respectirt, wie die unter Umständen ebensosehr der Einwirkung ihres Herrn entrückte und der Einwirkung Dritter zugängliche Habe eines Verreisten, sobald ist es auch nicht ausgeschlossen, daß das Recht die vom Erben noch nicht ergriffene Habe doch schon als eine ihm thatsächlich zu Gebote stehende behandelt. Keinesfalls aber folgt aus der Unvererblichkeit des Besitzes die Unmöglichkeit abgeleiteten Besitzerwerbes durch Tradition, und unstreitig liegt ein solcher vor im Fall der Uebertragungserklärung angesichts der Sache. Daß eine Sache in meinen Besitz deshalb gelangt, weil ein Anderer sie mir zu übergeben erklärt, ist nur möglich, wenn dieser Andere in der Lage ist, die Sache übergeben zu können. Anstatt der sonst erforderlichen Verbindung meines Erwerbswillens mit der Ergreifung der Sache genügt hier

Digitized by Google

seine Verbindung mit der bloßen Möglichkeit sofortiger Ergreifung und mit dem fremden Verzichte, der von Bedeutung nicht sein kann als Verzicht einer beliebigen Person, sondern nur als Verzicht des bisherigen Besitzers. Daß der Wille des bisherigen Besitzers „überhaupt für den Besitzerwerb gleichgiltig ist" (R. S. 487 Anm.) trifft hier nicht zu; vermöge desselben steht hier nicht etwa nur „der Besitzergreifung kein Hinderniß entgegen", sondern anstatt dieser genügt ihre präsente Möglichkeit.

In Ansehung des Besitzes Mehrerer an derselben Sache erklärt R., „ob nur bei unbeweglichen oder auch bei beweglichen Sachen eine Theilung pro diviso möglich sei", für „reine Thatfrage" (S. 496). Eine genauere Verfolgung dieser Frage würde die Unterscheidung der zwei Fragen fordern, ob eine bewegliche Sache sich ohne Aufhebung ihres Zusammenhangs in eine Mehrheit von Sachen verwandeln läßt, und ob verschiedene Bestandtheile derselben Sache Objecte eines verschiedenen Besitzes sein können. Keine dieser Fragen ist aber eine „reine Thatfrage". Eine solche liegt vor, wenn eine Beziehung der realen Außenwelt in Frage steht und wenn es um eine voluntatis quaestio sich handelt, was aber Beides in unserem Falle nicht zutrifft. Wenn R. den Satz des Paulus, daß eine bewegliche Sache nunquam pro diviso possideri potest (l. 8 D. r. v. 6, 1) für „wohl unhaltbar" erklärt, so ist er jedenfalls nicht widerlegt durch die von R. dagegen angeführten Beispiele der arbor in confinio nata (l. 83 pro soc.) und der mehreren Gebäuden gemeinsamen contignatio (l. 36 serv. urb). Stammt doch das erste dieser Beispiele gleichfalls von Paulus, und ist es doch nichts weniger als sicher, daß er an dem vom Grundstück getrennten Baume die Fortdauer der bisherigen räumlichen Getheiltheit annimmt, die er in l. 19 comm. div. auf's Bestimmteste verneint. Im anderen von Papinian erwähnten Falle ist von der contignatio überhaupt nicht die Rede als einer durch Ablösung zu einer eigenen beweglichen Sache gewordenen. Wäre aber auch aus jenen Entscheidungen der Satz

Digitized by Google

abzuleiten, daß die bezüglich einer pars zweier aneinander grenzender Grundstücke bestehende räumliche Getheiltheit an dem zu einer eigenen beweglichen Sache erhobenen Objecte fortbestehe, so wäre dadurch der allgemeine Satz der l. 8 R. V. doch nicht verneint, sondern nur eingeschränkt. Gegen ihn führt R. den Fall an, „daß die verschiedenen Blätter eines Manuskripts in verschiedenen Händen sind". Natürlich kann kein Mensch bestreiten, daß hier mehrfacher Besitz besteht; hier handelt es sich aber gar nicht darum, daß die Objecte meines und deines Besitzes körperlich mit einander zusammenhängen und nur räumlich von einander abgegrenzt sind. Für diesen allein in Frage stehenden Fall hätte die Frage aufgeworfen zu werden verdient, ob denn thatsächlich getrennter Besitz hier möglich ist. Wenn es namentlich das loco movere ist, wozu der Besitz einer res mobilis befähigt, so läßt ein Stück eines körperlichen Ganzen sich, solange es ein solches ist, überhaupt nicht ohne das andere von der Stelle rücken.

Auf die vielverhandelte Frage nach dem Sonderbesitz an einzelnen Stücken zusammengesetzter Sachen abermals einzugehen unterlassen wir.

Einen eigenen Paragraphen (§ 21) widmet R. der „Fortdauer" des Besitzes, um sodann zu seinem Verluste überzugehen. Beide Themata sind aber identisch, wie R. am Beginn des § 22 selbst hervorhebt. Die Betrachtung über die Fortdauer des Besitzes beginnt mit einer Recapitulation der Erfordernisse des Besitzerwerbes, die betont, es liege „schon im natürlichen Begriffe des Besitzes" das Moment seiner Begründung durch Apprehension, weshalb „noch nicht Besitzer" sei, „wer auf einem Grunde (seinem Grunde?) Vogelnester, Eier, Waben ꝛc. findet und den Willen, Besitz zu ergreifen, faßt". Mit vollem Rechte betont hier R., daß der Besitzerwerb „einen Aneignungsact" fordere, aber kaum in Uebereinstimmung mit § 11, wo er die unmittelbare Gegenwart bei der Sache unter Umständen für sich die Macht über die Sache verschaffen läßt, zu der nur unter Umständen, „so namentlich,

Digitized by Google

(was im obigen Beispiele nicht der Fall ist), wenn die Sache in der Macht eines Anderen sich befindet", andere Thatsachen hinzutreten müßten. Für den Untergang des Besitzes fordert R., daß „eines der denselben constituirenden Elemente — der Wille oder die faktische Möglichkeit über die Sache zu herrschen — aufgehört habe" (S. 577). Diese Ausdrucksweise ist aber zweideutig. Handelt es sich um Elemente des Besitzbegriffes, so versteht es sich von selbst, daß eine Realisirung dieses Begriffes nicht mehr vorliegt, sobald eines jener Elemente weggefallen ist. Handelt es sich dagegen lediglich um Bedingungen der Entstehung des Besitzes, so versteht es sich keineswegs von selbst, daß durch jeden Wegfall einer solchen der einmal entstandene Besitz erlischt. Für R. handelt es sich um Elemente der ersten Art, womit aber im Widerspruch steht, daß er den Besitz bestehen läßt, weil er einmal entstanden ist, bis „eine neue Thatsache eintritt, welche eines der zu seinem Begriffe erforderlichen zwei Momente aufhebt" (S. 576). Den Wegfall eines solchen Momentes kann man selbst eine Thatsache nennen, und es ist genau dasselbe, ob ich für die Fortdauer des Besitzes die Fortdauer der „zu seinem Begriffe erforderlichen" Momente oder für den Wegfall des Besitzes den Wegfall eines solchen Momentes fordere. Fordere ich aber eine ein solches Moment aufhebende „neue Thatsache", so fordere ich für seinen Wegfall ein bestimmtes ihn begründendes Faktum, und dieses fordere ich mit Recht, wenn der Besitz durch bestimmte Fakta entsteht und durch andere erlischt, dagegen nicht, wenn er selbst ein Faktum ist. Gleich dem Besitze sind die äußeren Thatsachen des Sonnenscheins und Regens sowie die inneren der Heiterkeit und Betrübniß längerer oder kürzerer Dauer fähig. Auch sie sind solche, deren Wegfall nicht nur selbst eine Thatsache, sondern auch an bestimmte thatsächliche Bedingungen gebunden ist. Ebenso ist aber an solche ihre Fortdauer gebunden. Auch sie fallen nicht nothwendig weg durch den Wegfall der Gründe ihrer Entstehung, da die Gründe ihrer Fortdauer andere sein können; insbesondere kann eine Stim-

Digitized by Google

mung den Wegfall der Eindrücke, durch die sie entstanden ist, deshalb überdauern, weil sie sich so festgewurzelt hat, daß ihre bisherige Existenz zum zureichenden Grunde ihrer ferneren Existenz geworden ist. Die Frage nach der Fortdauer von Regen und Sonnenschein, von Heiterkeit und Betrübniß ist aber genau ebenso eine Frage der äußeren oder inneren Wahrnehmung, wie die Frage nach dem ersten Auftauchen dieser thatsächlichen Verhältnisse. Daß es vor einer Stunde geregnet hat, oder daß ich vor einer Stunde betrübt war, kann eine gewisse Wahrscheinlichkeit dafür begründen, daß jener Zustand noch besteht; entschieden kann aber die Frage nur werden durch Beobachtung des gegenwärtigen Zustandes, und nach den Gründen, aus denen der frühere Zustand fortdauert oder sich geändert hat, fragen wir nicht, um den Zustand der Gegenwart zu *constatiren*, sondern um ihn uns zu *erklären*.

Daß die Bedingungen der Entstehung des Besitzes nicht durchweg auch Bedingungen seiner Fortdauer sind, konnte R. bezüglich des äußeren Verhältnisses zur Sache nicht verkennen. Noch unzweifelhafter ist aber, daß die Fortdauer des Besitzes durch positive Fortdauer des *Besitzwillens* nicht bedingt ist. R. statuirt das Gegentheil. Die Fortdauer des Besitzes trotz eingetretener Handlungsunfähigkeit des Besitzers erklärt er für *singulär*. Für unerheblich erklärt er mit Recht die Fortdauer des Besitzes während zeitweiliger Bewußtlosigkeit. Kann aber in irgend einem Sinne von einem fortdauernden Besitzwillen gesprochen werden bez. einer Sache, die ich z. B. für untergegangen halte?

Wir unterlassen weiteres Eingehen auf den Inhalt des Werkes, das einer vierten Auflage gegenüber um so weniger geboten erscheint, da die ganze Haltung des Buches dieselbe geblieben ist. Mit Recht bezeichnet R. die neue Auflage als eine „durchgesehene und vermehrte". Die zahlreiche neuere und neueste Litteratur ist umfassend berücksichtigt, aber fast ausnahmslos

Digitized by Google

unter Verwerfung ihrer Ergebnisse. Durchaus einverstanden ist Referent mit dem Verfasser in der Ueberzeugung, daß Savigny's Lehre keineswegs in dem Maße überholt ist, wie heutzutage Viele annehmen, daß insbesondere die grundsätzliche Perhorrescirung der Herrschaftstheorie zu weit geht. Dagegen theilen wir keineswegs R.'s Ablehnung aller in Sachen des Besitzes neuerdings aufgetauchten Annahmen und Unterscheidungen. Ohne im Uebrigen von Neuem auf Fragen einzugehen, die wir schon aus anderen Anlässen in dieser Zeitschrift erörtert haben (Bd. 29 S. 370 ff., Bd. 32 S. 290 ff., Bd. 34 S. 219 ff.), greifen wir doch ein Beispiel von R.'s Abneigung heraus, Unterschiede gelten zu lassen, die allerdings in den Quellen und in der früheren Litteratur nicht berührt sind, deren Bedeutung sich aber im Leben aufdrängt. R. erklärt nicht zu begreifen, warum ein Miether zwar sonst Besitzschutz genießen solle, aber dann nicht, wenn ihm nur in Gegenwart des Sachbesitzers die vorübergehende Benützung der Sache zustehe (S. 550 Anm. 11 a). Ob einem solchen Miether eine unselbständige Inhabung zuzuschreiben ist, bezweifeln wir deshalb, weil wir es für richtiger halten, ihm überhaupt keine Inhabung zuzuschreiben. Dagegen begreifen wir unsererseits nicht, wie man keinen Unterschied finden kann zwischen seiner Lage und der Lage eines anderen Miethers. Gegen Dritte bedarf einer Besitzklage jedenfalls nicht, wer eine Sache in Anwesenheit und unter Aufsicht des Vermiethers benützt, und sollte wirklich kein Unterschied sein zwischen Demjenigen, der das mir zur Benützung übergebene Pferd aus meinem Stalle eigenmächtig holt und dem Stallmeister, der mit mir ausreitet und mich hindert, mit seinem Pferde durchzugehen?

R.'s Buch gilt zwar dem österreichischen Rechte, behandelt es aber auf der Grundlage des gemeinen Rechtes und behandelt das gemeine Recht mit solcher Ausführlichkeit, daß es unserer Beurtheilung nicht zum Vorwurfe gereichen wird, sich wesentlich an das gemeine Recht gehalten und die Beurtheilung der Aus-

Digitized by Google

führungen über österreichisches Recht den österreichischen Juristen überlassen zu haben. Daß das Buch, wie schon in den früheren Auflagen, durch die Vollständigkeit und Sorgfalt, mit der es einen reichen Stoff zusammenträgt und behandelt, ein überaus verdienstliches und nützliches ist, bedarf nicht besonderer Versicherung.

Leipzig, März 1896. E. Hölder.

4. Dr. Paul Hirsch, Amtsrichter in Alt-Landsberg. Zur Revision der Lehre vom Gläubigerverzuge. Leipzig, Verlag von Duncker und Humblot, 1895. V und 303 S.

Der strebsame Verfasser, der sich auch in seinen Principien des Sachbesitz-Erwerbes und -Verlustes nach römischem Rechte 1892 als einen gewandten und gründlichen Schriftsteller erwiesen, hält eine Nachprüfung der Lehre vom Gläubigerverzuge noch jetzt, ungeachtet der einschlägigen Arbeiten von Kohler und Schey, für zeitgemäß. Freilich wird dies mit der steten Entwicklung des positiven Rechts begründet, während in Wirklichkeit die Schrift hauptsächlich die wissenschaftliche Erkenntniß des Rechts fördern will, indem sie vielfach gegen Kohler's Heranziehung eines Erfüllungssurrogates wie gegen die Auffassung von Schey und Anderen Stellung nimmt.

Vorangestellt sind die principiellen Fragen, für das gemeine Civilrecht sowohl, als für Particularrechte und für das Handelsrecht. Einzelbestimmungen von geringerem wissenschaftlichen Interesse werden nur zuletzt, im Anschlusse an den deutschen Entwurf, eingehender besprochen.

Die principiellen Momente des Gläubigerverzuges werden alle sorgfältig erörtert: „Thatbestand", Wirkungen, „Wesen" und Voraussetzungen. Hervorzuheben sind hier folgende Punkte: Die l. 13, 14, 15 D. de periculo et commodo rei venditae XVIII, 6 versteht Hirsch in beachtenswerther Weise von einem einfachen Derelictionsrechte des Schuldners, welches nach l. 1 § 3, 4 eodem

Digitized by Google

eine vorherige Warnung desselben an den Gläubiger voraussetze; das viel besprochene periculose aber in der l. 8 D. de tritico vino vel oleo legato XXXIII, 6 nur von einer gesetzlichen Warnung an den Schuldner, mit der Dereliction vorsichtig zu sein. Die Deponirung des Schuldners wird im Falle einer mora creditoris richtig für das ältere Recht auch beim Schuldner selbst zugelassen, zumal da dem Gläubiger eine eigene Klage gegen den dritten Depositar nicht zustand. Dagegen ist es gekünstelt, wenn die Wirkung einer schuldnerischen Hinterlegung für das spätere Recht nicht als völlige liberatio, sondern nur als liberatio ab actione angesehen wird, und wenn durch jene Hinterlegung auf den Gläubiger die actio depositi wie die dinglichen Rechtsbehelfe mit der Beschränkung übergehen sollen, daß der Schuldner bis zur Geltendmachung des Gläubigerrechts einen Restitutionsanspruch gegen den Depositar hat. Beim eventuellen Selbsthilfeverkauf verfüge der Schuldner lediglich kraft eigenen Rechts über ein fremdes Object (?). Im „Wesen" (d. i. vielmehr in den wesentlichen Folgen) des Gläubigerverzugs erblickt Verfasser die Verpflichtung des morosen Gläubigers, gewisse Selbstbefreiungsacte des Schuldners zu dulden; dagegen besteht auch nach Hirsch auf Abnahme des Leistungsgegenstandes nur eine Berechtigung des Gläubigers, nicht eine Verpflichtung des Gläubigers (abgesehen von der aus praktischen Gründen geschaffenen Erweiterung der Verpflichtungen des Käufers). Consequent wird dann culpa zur mora creditoris nicht erfordert, wohl aber mit der herrschenden Lehre das Erfüllungs-Angebot des Schuldners; dieses muß je nach den Umständen bald ein thatsächliches, bald ein wörtliches sein.

Wenngleich die Arbeit nicht immer Neues und Unbedenkliches vorbringt, so regt sie doch stets zu neuer Durchdringung der wesentlichen Momente verdienstlich an.

Innsbruck im März 1896. Prof. Schiffner.

Digitized by Google

IV.

Strafrecht.

1. Thomsen, Dr. Andreas, Privatdocent an der Universität Kiel. Ueber den Versuch der durch eine Folge qualificirten Delicte. Verlag von Lipsius u. Tischer, Kiel und Leipzig 1895. VII u. 202 S.

I.

Nicht alle strafbaren Handlungen, die derselben Norm zuwiderlaufen, erscheinen dem Gesetze in gleichem Maße strafwürdig; mit Rücksicht hierauf werden, wie ein Ueberblick über die modernen Gesetzgebungen zeigt, einzelne Verbrechenscategorien zum Zwecke der Strafbemessungen in Unterarten getheilt.

In jeder einzelnen richterlichen Strafzumessung sollen zwei Werthurtheile Ausdruck finden: Das Werthurtheil über die Schwere der That, über die sociale Bedeutung des Verbrechens, und das Urtheil über die Tiefe der Verschuldung des Thäters; für das erstere Werthurtheil sind bestimmend die generellen Merkmale der That, denen zufolge sie als einem bestimmten Typus zugehörend erscheint (Mord, Nothzucht, Diebstahl, Wucher 2c.), für letzteres Werthurtheil sind von ausschlaggebender Bedeutung die individuellen Merkmale der That, die Persönlichkeit des Thäters[1]).

[1]) Wir stimmen mit Lammasch, „Die Aufgaben der Strafrechtspflege" Zeitschr. f. Strafrechtsw. 15. Bd. S. 646 in der Forderung überein, „daß die Strafzumessung nicht ausschließlich nach den Momenten des individuellen Falles erfolge, sondern auch dessen abstracter, dessen typischer Character insoweit in Betracht gezogen werde, als nothwendig ist, um eine die Gerechtigkeit verletzende allzumilde oder allzuharte, bloß in der Singularität des concreten Falles begründete Strafe auszuschließen". Dieses

Digitized by Google

Die relativ bestimmten Strafdrohungen ermöglichen bei der Strafbemessung die Rücksichtnahme auf die Individualität des einzelnen Falles; das Mindest- und Höchstmaß derselben bezeichnet die Grenze, die der Richter mit Rücksicht auf die sociale Bedeutung der That nicht überschreiten darf. Die Erfüllung der Forderung, daß das Urtheil der socialen Bedeutung der That entspreche, bedeutet zugleich einen Schutz des Thäters gegen richterliche Willkür — geschähe die Bemessung der Strafe nur mit Rücksicht auf die individuellen Merkmale der That, die Tiefe der Verschuldung, dann müßte der Strafbemessung größere Freiheit eingeräumt sein, als dies heute der Fall: die Gefahr richterlicher Willkür wäre größer als heute, wo an der Aufgabe der Strafbemessung die ganze Gesellschaft mitarbeitet, die die sociale Bedeutung der That wägt und danach der richterlichen Willkür Schranken zieht. Es kann sein, daß diese Schranke bisweilen zu Unbilligkeiten führt, doch sind andererseits die Gefahren nicht zu übersehen, die der Ehre, der Freiheit und den anderen durch die Strafe getroffenen Gütern der Person dann drohen würden, wenn der Richter bei Bemessung der Strafe, nicht eingeengt durch das gesellschaftliche Werthurtheil über die Schwere der That, lediglich mit Bedacht auf die Tiefe

---

Verlangen, daß bei der Strafbemessung der typische Character der That, das gesellschaftliche Werthurtheil über dieselbe, eine Rolle spiele, ist als Gegengewicht anzusehen gegen die Ergebnisse, zu denen consequente Ausgestaltung der Sicherungsstrafe gelangt. „Wer die Sicherungsstrafe gegen Unverbesserliche als Losungswort ausgiebt" — bemerkt Gennat in seinem Vortrage „Die Unverbesserlichen und ihre Bestrafung" (Jahrbücher für Kriminalpolitik und innere Mission, N.F. 1. Bd. S. 64) — „der muß, will er nicht auf halbem Wege stehen bleiben, die Todesstrafe verlangen. Sie ist das einzige Mittel, welches Staat und Gesellschaft in unfehlbarer Weise vor diesem Verbrecher schützt. Jede andere Sicherung als seine Vernichtung ist problematisch". S. auch Mittelstädt, „Die Unverbesserlichen" ebd. S. 64 ff. Vgl. insb. Merkel, Vergeltungsidee und Zweckgedanke S. 14; Richard Schmidt, Aufgaben d. Strafrechtspflege S. 114. S. auch v. Liszt, Zeitschr. 13. S. 353, 345, auch Lehrbuch (7. A.) S. 137. — Vgl. ferner Lilienthal, Zeitschr. f. Strafrechtsw. 14. Bd. S. 694, Mittelstädt, G.S. 46 S. 401, 405. Bähr, gesammelte Aufsätze, I. 389 ff.

Digitized by Google

der Verschuldung des Thäters vorgehen dürfte[1]). Der oft wiederholten Bemerkung gegenüber, daß es zwecklos erscheinen muß, wenn der Richter einen nach seiner Ueberzeugung unverbesserlichen Thäter zu einer im concreten Falle nach dem Gesetze allein zulässigen kurzen Freiheitsstrafe verurtheilt, sei darauf hingewiesen, daß es nicht zutreffend ist, die Bedeutung der Strafe bloß mit Rücksicht auf die Wirkung zu beurtheilen, die sie auf den durch sie betroffenen Thäter ausübt.

Dem Bestreben, bei der Strafbemessung den erwähnten Werthurtheilten gerecht zu werden, dankt auch ihre Entstehung die Theilung einer Verbrechensart in mehrere Unterarten; der Gesetzgeber hebt aus dem genus der mit einer bestimmten Strafe bedrohten Handlungen eine Species heraus und statuirt für diese Verbrechensspecies einen besonderen Strafrahmen, weil die besonderen Merkmale, durch welche sich die zu dieser Species gehörigen Handlungen vom Verbrechensgenus unterscheiden, bald eine strengere, bald eine mildere Behandlung rechtfertigen. In der Reihe dieser gesetzlich hervorgehobenen Verbrechens-Unterarten beanspruchen ein besonderes Interesse jene, bei welchen erhöhte Strafe geknüpft ist an den Eintritt einer im Gesetze näher bezeichneten Folge.

Das deutsche R.St.G. kennt ähnlich wie das geltende österr. St.G. und wie der Entwurf eines österr. St.G. neben den Verletzungs-Verbrechen, deren Thatbestand nur dann vollendet ist, wenn ein im Gesetze bezeichneter und vom Thäter gewollter

[1]) Auch v. Liszt's Forderung, daß das Strafgesetzbuch, welches die magna charta des Verbrechers ist und das bleiben soll, was es heute ist (Mitth. d. int. crit. V. 4. Bd. S. 130, vgl. auch Zeitschr. f. St.R.W. 13. Bd. S. 357), schließt das Postulat der Beschränkung der richterlichen Freiheit bei der Strafbemessung in sich; consequent verwirft v. Liszt auch theilweise die „unbestimmten Strafurtheile" vgl. Mitth. a. a. O. S. 142; Zeitschr. 9. Bd. S. 490; 10. Bd. S. 53 und hiezu R. Schmidt a. a. O. S. 100 ff. Wach, Reform d. Freiheitsstrafe S. 38 ff., Jaques, Beiträge S. 6 ff. Die moderne Richtung birgt, wenn sie das erwähnte Postulat v. Liszt's nicht im Auge behält, in sich die Gefahr, daß die Strafjustiz verfalle in eine Art des „Richtens auf Leumund".

Digitized by Google

als Rechtsgutverletzung zu bezeichnender Erfolg eingetreten ist, noch eine Reihe strafbarer Handlungen, bei denen nach dem Willen des Gesetzgebers das Maß der Strafbarkeit abhängig gemacht ist von dem Eintreten einer im Gesetze näher bezeichneten Folge. Mit diesen strafbaren Handlungen beschäftigt sich die Monographie „über den Versuch der durch eine Folge qualificirten Delicte" aus der Feder des durch seine „criminalpolitischen Bekämpfungsmethoden" bereits vortheilhaft bekannten Kieler Privatdocenten Dr. Andreas Thomsen.

Es ist de lege lata nicht unbestritten, welche strafbaren Handlungen in die Categorie der durch die Thatsache des Eintrittes einer Folge qualificirten gehören. Die Antwort auf die erwähnte Frage kann nur gewonnen werden durch eine sorgfältige Interpretation sämmtlicher strafgesetzlicher Bestimmungen. Thomsen zählt im Anschluß an Birkmeyer (Gerichtssaal 37. Bd. S. 314)[1]) zur Gruppe der erwähnten qualificirten Delicte, aus dem R.St.G.B. die §§ 118, 178, 206, 220 ², 221 ³, 224, 225, 226, 227 ², 229 ², 239 ² ³, 251, 307 ¹, 312, 315 ², 321 ², 322 ², 323, 324, 340, 87, 154 ², ferner die §§ 327, 328, 309, 314, 316, 326, 329, die jedoch, weil ein Versuch der bezüglichen strafbaren Handlungen theils nicht strafbar, theils ihrer Natur nach unmöglich ist, nicht weiter in Betracht kommen — endlich aus den Reichsnebengesetzen den § 4 des Rinderpestgesetzes vom 21. Mai 1878, die §§ 12, 13 des Nahrungsmittelgesetzes vom 14. Mai 1879, den § 5 des Sprengstoffgesetzes vom 9. Juni 1884. Außer Betracht bleibt § 5 des Reichsgesetzes vom 25. Februar 1876 betr. die Beseitigung von Ansteckungsstoffen bei Viehbeförderung auf Eisenbahnen, weil die That nur fahrlässig begangen werden kann und ein Versuch derselben daher nicht möglich ist.

Es ist bekannt, daß bei Interpretation der erwähnten Gesetzbestimmungen zwei Anschauungen einander gegenüberstehen, die

[1]) Birkmeyer erwähnt am a. O. nicht die §§ 87, 154 ², 340 R.St.G. u. § 5 des Ges. v. 25. Febr. 1876.

Digitized by Google

man vielleicht näher dahin kennzeichnen kann, daß die eine Anschauung das qualificirende Moment in der Thatsache des Eintrittes einer bestimmten Folge erblickt, während die andere Anschauung die Voraussetzung zur Anwendung der strengeren Strafe nur dann als gegeben ansieht, wenn der eingetretene Erfolg zum dolus oder wenigstens zur culpa des Thäters zurechenbar ist.

Beim Ueberblick der Gründe, mit denen von den Vertretern der beiden genannten Anschauungen dieselben gerechtfertigt zu werden pflegen, fällt ein gewisses aprioristisches Vorgehen auf; statt zu fragen, ob ein Gesetz, welches u. A. auch Bestimmungen enthält, in denen die Intensität der Strafe von einem Erfolge abhängig gemacht wird, dieser strengeren Strafe nur dort Raum gibt, wo der Erfolg verschuldet ist; statt zu fragen, ob das Gesetz nicht auch in einzelnen Fällen für den bloßen Zufall verantwortlich machte, geht man mit der fertigen Anschauung an die Auslegung und verwendet sie bei der Interpretation des Gesetzes, aus dem sie erst hätte abgeleitet werden dürfen. So verfährt z. B. Hälschner, wenn er ausführt[1]): „Es hat das deutsche Strafgesetzbuch . . . in einer Anzahl von Fällen für das vollendete dolose Delict eine erhöhte Strafe dann angeordnet, wenn dasselbe einen weiteren über die Absicht des Thäters hinausreichenden Erfolg nach sich zog . . . . Wenn in diesen Fällen das Gesetz die erhöhte Strafbarkeit des dolosen Delictes nur von der Thatsache abhängig macht, daß dieses die bezeichnete nicht beabsichtigte Folge nach sich gezogen habe, so ergiebt sich daraus allerdings der Schein, als ob es im concreten Falle nur auf die Feststellung dieser Thatsache, nicht aber auf die der fahrlässigen Verursachung des Erfolges ankomme. Man wird aber ebensowenig annehmen dürfen, daß der Gesetzgeber sich in dieser Beziehung eines Rückfalles in die Theorie vom dolus indirectus, als einer Verletzung des Grundsatzes schuldig gemacht habe, daß der Erfolg

[1]) Deutsches Strafrecht, I. S. 326.

Digitized by Google

der Handlung dem Thäter nur insoweit als ein strafbarer zugerechnet werden könne, als er ein verschuldeter ist." Aehnlich verfährt Binding, wenn er mit Bezug auf die früher bezeichneten Paragraphen des R.St.G. sich äußert[1]): „wer durchdrungen ist von der Strafunfähigkeit des Zufalls, also auch von der Unmöglichkeit, ihn als Schärfungsgrund zu behandeln, der hat alle diese Bestimmungen als nach Sinn und Wortlaut gemünzt auf Fälle der sogenannten Idealconcurrenz des jeweiligen Verbrechens mit fahrlässiger Tödtung oder Körperverletzung zu beziehen."

II.

Wir glauben nicht, daß die Anschauung von der Strafunfähigkeit des Zufalls die einzig berechtigte ist, doch möchten wir, indem wir diesen Satz aussprechen, daran erinnern, daß ein Unterschied zu machen ist zwischen dem Strafrechte wie es der Idee nach, auf Grund geläuterter Anschauungen der Besten einer Zeit, eines Volkes, sein sollte und dem Strafrecht wie es mit Rücksicht auf Leidenschaften und Schwächen der Menschen thatsächlich ist. Auch Kriege finden unsere Mißbilligung und doch werden sie bestehen, so lange die Ursachen dauern, die sie herbeiführen. Die Anforderungen, die an das Strafrecht als eine in fortschrittlicher Entwicklung begriffene soziale Institution gestellt werden, können absehen von der Macht einzelner in der Gesellschaft wirksamer Factoren, die man lediglich als einer gewissen Zeit eigenthümliche betrachtet und denen man Dauer um so lieber abspricht, als im Wegfall dieser Factoren ein Symptom des Fortschrittes erkannt wird; bei Bestand dieser gesellschaftlichen Factoren können sie, wenn jene Factoren nur genügende Kraft haben, sich geltend zu machen, nicht ganz ignorirt werden. Das Strafrecht muß wurzeln in den in der Gesellschaft wirksamen Kräften und es kann, soll es sich vom Boden, auf dem es ruhen muß, nicht los-

[1]) Handbuch I. S. 366.

Digitized by Google

lösen, nicht in der Luft hängen, die Wirksamkeit socialer Kräfte, mögen sie auch vom Standpunkt ethischer Anschauung mißbilligt werden, nicht ignoriren — es kann ihnen gegenüber zunächst nur die Stellung einnehmen, daß es einerseits Alles vermeidet, was diese socialen Factoren stärkt, andererseits Alles unterstützt, was zu deren allmählicher Eliminirung, Abtödtung beiträgt.

Wird in Abstraction von der lex lata das Augenmerk den socialen Factoren zugewendet, die als treibende, das Strafrecht miterzeugende Kräfte erkannt werden und wird als einer dieser Factoren erkannt der dem Individuum eigenthümliche Trieb auf Unlust erzeugende (schädliche) Angriffe mit repulsiven Bewegungen zu reagiren, dann ist es wohl nicht in Abrede zu stellen, daß der Reactionstrieb um so stärker auftritt, je energischer der Angriff war, der ihn hervorgerufen hat; die Energie der Abwehr findet hier ihr Maß in der Intensität der Unlustempfindung, die der Angriff hervorgerufen hat. Es darf nun nicht übersehen werden, daß die Gesellschaft, die sociale Gemeinschaft, sich aus einzelnen Individuen zusammensetzt und daß die social-psychologischen Erscheinungen nur complexe Größen aus individual-psychologischen Erscheinungen sind. Wenn auch zugegeben werden muß, daß der sociale Körper nicht ein bloßes Nebeneinander von Individuen ist, so muß doch andererseits, so lange nicht das Gegentheil nachgewiesen ist, eine Parallelität zwischen individual-psychologischen und social-psychologischen Erscheinungen angenommen werden; zum Mindesten wird man zugeben, daß die Erscheinungen im zusammengesetzten Körper nicht einen Charakter an sich tragen, der den Erscheinungen in den ihn constituirenden Elementen entgegengesetzt ist[1]). Nun ist nicht zu leugnen, daß bei größerer Inten-

[1]) „Die Völkerpsychologie hat sich dessen bewußt zu bleiben, daß die geistigen Erzeugnisse, deren Träger die Gemeinschaft ist, in den Individuen, aus denen sich diese zusammensetzt, ihre letzten Quellen haben muß, da es ein geistiges Gesammtleben außerhalb der Einzelnen ebensowenig giebt, wie einen physischen Zusammenhang der Individuen irgend einer Stammes-

Digitized by Google

sität eines Angriffes in dem Angegriffenen auch ein energischer Reactionsdrang entsteht, der wieder eine kräftigere Abwehrhandlung hervorruft. Diese Thatsache ist durch Selbstbeobachtung leicht wahrzunehmen, ihre Gründe sind leicht aufzudecken — sie findet in physiologischen Momenten ihre Erklärung. Zufolge der Verbindung, die in unserem Körper zwischen sensorischen und motorischen Nerven besteht, wird die Wirkung, die durch den Reiz eines sensorischen Nerven hervorgerufen wird, zur Ursache einer Bewegung, deren Intensität (innerhalb gewisser Grenzen) mit der Intensität des sensorischen Reizes wächst. Die Tendenz zur Bewegung folgt ursprünglich auf den Reiz, in weiterer Folge entsteht sie schon bei Wahrnehmung, ja selbst bei Vorstellung des Reizerregers zufolge des mit dieser Vorstellung associirten (anticipirten) Lust- bez. Unlustgefühles. Soll auf Grund eines sensorischen Reizes (bez. des an die Vorstellung desselben geknüpften antipicirten Unlustgefühles) nicht eine entsprechende Abwehrbewegung eintreten, so muß ein (psychischer) Gegenreiz wirksam werden, dessen Intensität, soll die Bewegung paralysirt werden, in dem Maße zunehmen muß, als die Intensität des zur Bewegung bestimmenden Reizes zunimmt. Für den Reactionsdrang ist es nun völlig gleichgiltig, ob die durch einen Angriff bewirkte Intensität eines Reizes eine von Jemanden so intensiv gewollte oder lediglich eine zufällig so intensive ist — mit anderen Worten, der Mensch reagirt seiner natürlichen Beschaffenheit nach auf Angriffe desto energischer, je intensiver er durch dieselben getroffen

---

oder Volksgemeinschaft, der außerhalb der individuellen physischen Organismen existirte. Darum ist es von vornherein ausgeschlossen, daß in der Völkerpsychologie irgend welche allgemeine Gesetze des geistigen Geschehens zum Vorschein kommen, die nicht in den Gesetzen des individuellen Bewußtseins bereits vollständig enthalten sind. Insoweit die Völkerpsychologie überhaupt psychologische Gesetze von selbständigem Inhalt aufzufinden vermag, werden also diese immer nur Anwendungen der schon für die Individualpsychologie gültigen prinzipiellen Sätze sein können". Wundt, Logik II (2. A.), S. 232.

Digitized by Google

wurde. Das ruhige Hinnehmen eines Schmerz erregenden Angriffes ist das Resultat langwieriger und mühsamer Erziehung des Individuums — nur Wenigen ist, wie tägliche Beobachtung zeigt, volle Herrschaft über sich selbst in diesem Punkte eigen und ein Mucius Scävola, dessen Willensenergie über den Schmerz siegte, den ihm seinen Arm zum Stumpf versengendes Feuer bereitete, gehört in das Reich der Sage. Wird die Art der Reaction gegen einen Angriff von anderen Momenten bestimmt als von dessen Intensität, so ist dies Ausdruck dafür, daß triebartig wirkende Kräfte von anderen, dem Bereich des Wollens, Fühlens angehörenden Momenten niedergehalten werden. Ein solches Stadium ist nicht unerreichbar, es ist dort leichter möglich, wo die Reaction gegen einen Angriff (wie dies bei der heutigen Strafe der Fall ist) nicht mehr von dem ausgeht, der verletzt wurde; allein in Illusionen würde sich derjenige bewegen, der glauben würde, daß in unserer heutigen Gesellschaft, in der großen Masse der Individuen die ruhige Erwägung und das durch sie bestimmte Handeln die Herrschaft hat über Triebe, die durch Kenntnißnahme gewisser Verletzungen in jedem hervorgerufen werden. Wie oft haben wir Gelegenheit zu beobachten, daß ein Spaziergänger, der keineswegs dem Kreise der völlig Ungebildeten, Unerzogenen angehört, wenn er auch nur zufällig von einem Vorübergehenden gestoßen, getreten wird, trotz Erkenntniß der Schuldlosigkeit des Unlusterregers mit einem Gegenstoß reagirt, oder wenigstens die Faust ballt, die Zähne zusammenbeißt. In diesem Reactionsdrang, der in der Gesellschaft, wie im Einzelnen, desto intensiver ist, je intensiver der Angriff war und der auftritt, mag die Quelle des den Reactionsdrang bewirkenden Schmerzes Wille, Unachtsamkeit, Zufall oder wie sonst immer heißen; auf das Gefühl der Unlust, das in der Gesellschaft entsteht, wenn eine dem Reactionsdrang entsprechende Handlung unterbleibt und auf das Gefühl der Lust, von welchem eine dem Reactionsdrang entsprechende Handlung in der Gesellschaft begleitet wird, haben wir (wenn es gestattet ist

Digitized by Google

diesen complicirten Proceß nur anzudeuten, nicht näher zu beschreiben) eine der Quellen für die Thatsache zu suchen, daß der Zufall heute noch straffähig ist, daß ihm vielfach noch straferhöhende Bedeutung zukommt[1]). Die ausgeführte Anschauung

[1]) Wir stimmen in dieser Hinsicht mit Richard Schmidt, „Die Aufgaben der Strafrechtspflege S. 85 vollständig überein: „nur diejenige Handlung kann als Verbrechen unter Strafe gestellt werden, die nicht nur das jeweilige Gesetzgebungsorgan des Staats, sondern die auch die unorganisirte Gesellschaft, die öffentliche Meinung, das Volk oder die Kreise des Volkes, auf die durch die Strafe vorwiegend eingewirkt werden soll, mißbilligt; und dazu treibt nicht etwa nur das Bestreben des Staats, in seiner Gesetzgebung populär zu sein, sondern die realpolitische und nüchterne Rücksicht auf die Wirksamkeit der Strafe. Die Strafe würde ihren bestimmungsgemäßen Erfolg verfehlen . . . . . wenn sie nur die Meinung des Gesetzgebungsorgans und nicht auch die Meinung der am meisten betheiligten Volkskreise, so weit dieselben auf die Gesetzgebung keinen Einfluß haben, auf ihrer Seite hat" und S. 108: „ . . . Die Mißstimmung und Mißachtung gegen den Staat ist ebensowohl da gerecht, wo die Strafe den Erwartungen der Bürger zuwider ausbleibt, wie auch da, wo sie als Folge eines billigungswerten oder gleichgiltigen Verhaltens eintritt. Verfolgt man diesen Gedanken consequent, so ergiebt sich weiter, daß der Vergeltungszweck nicht nur für das Ob der Strafverhängung eine feste Directive giebt, sondern auch für das Wie und Wiehoch der Strafverhängung, daß er nicht nur das Prinzip für die Voraussetzungen der Strafe überhaupt, sondern auch das Prinzip für Art und Maß der Strafe liefert" (vgl. auch ebd. S. 112). — Während sich unsere Anschauungen mit dem Vorerwähnten Schmidt's vollständig decken, weichen wir von Schmidt ab in der Begründung der vorangeführten Momente.

Schmidt knüpft das „Vergeltungsbedürfniß" an die Erfahrungsthatsache, „daß jeder vom anderen auf eine Kränkung ein aktives Einschreiten, insbesondere eine schmerzhafte Reaction, eine empfindliche Abfertigung erwartet". Die Wurzel dieser erklärungsbedürftigen Thatsache findet Schmidt darin, „daß der Mensch in der Koexistenz mit den Mitmenschen überhaupt nicht als passives, sondern nur als aktives Individuum gedacht werden kann". „Causal ist die Anschauung, daß demjenigen Menschen nicht die volle und rechte Leistungsfähigkeit im Zusammenleben zugetraut werden könne, der der ungerechtfertigten, grundlosen Beeinflußung durch den beherrschenden und herrschsüchtigen Willen Anderer keinen Widerstand entgegensetzt, wo er dies thun kann". — Die Richtigkeit der Behauptung Schmidt's von dem Vorhandensein der erwähnten Anschauung in breiteren Kreisen dürfte zu bezweifeln sein und wird selbst die Richtigkeit dieser Be-

Digitized by Google

will nicht in Abrede stellen, daß der körperliche Schmerz, welchen Jemand erleidet von anderen psychischen Vorgängen begleitet ist,

---

hauptung zugegeben, dann bleibt noch erklärungsbedürftig deren Existenz in breiteren Kreisen. Es kann Schmidt zugegeben werden, daß es nicht beweisbedürftig ist, „daß schon im kindlichen Kreise der Knabe den Spott der Spielkameraden erntet, welcher Verhöhnung oder Tyrannisirung eines anderen wortlos oder thatlos hinnimmt". Doch wird den Knaben, die ihren gegen Angriffe passiven Genossen gemeinsam dem Spotte aussetzen, die Anschauung sehr fremd sein, daß das menschliche Zusammenleben Aktivität verlangt und daß volle Leistungsfähigkeit nur dem zugetraut werden kann, der grundlosen Angriffen Widerstand entgegensetzt; der Spott der Knaben über ihren feigen Genossen dankt seine Entstehung ebenso wie der Reactionsdrang gegen selbstempfundenen Angriff nicht irgend einer Einsicht, Ueberlegung, sondern einem Triebe. An den Anblick des gegen einen Genossen unternommenen Angriffes associirt sich ein analoges Unlustgefühl wie jenes, welches ein durch einen Angriff Verletzter selbst empfindet. — Dieses (associirte) Unlustgefühl ruft in gleicher Weise wie das Unlustgefühl, das man empfunden hat, als man selbst angegriffen wurde, den Trieb zur Reaction hervor; zunächst knüpft sich an diesen Reactionstrieb vielleicht auch gleich eine Reactionshandlung gegen den Störefried; üble Erfahrung drängt später vielleicht die Abwehrhandlung zurück. Wo die Abwehrhandlung unterbleibt, fehlt es auch an dem Lustmoment, das sich an die Abwehr des Angriffes knüpft (genauer müßte man sagen: die Unterdrückung des Triebes zu abwehrender Activität wird Quelle einer Unlust; diese Unlust schwindet beim Anblick der Activität eines Anderen, denn an diesen Anblick associirt sich ein ähnliches Lustgefühl wie jenes, das man bei eigener Activität empfindet). Die Freude, Befriedigung, welche man mit dem angegriffenen Spielkameraden empfindet, der einen ihm zugefügten Angriff zurückschlägt, bleibt, wenn der Kamerade den Angriff ruhig hinnimmt, aus. — Quelle des Ausbleibens dieser Lust ist die Passivität des Angegriffenen, daher die Verhöhnung, Verspottung des Thatlosen. Erst wenn die Zeit der Knabenspiele längst vorüber ist, kommt der zum Manne heranreifende Jüngling zur Erkenntniß, daß das menschliche Zusammenleben Activität erfordert — auf Grund dieser Erkenntniß billigt er nun vielleicht Handlungen, die er triebartig als Knabe vorgenommen.

Wir wollen nicht leugnen, daß ein Lustgefühl sich auch an die Bethätigung eigener Kraft dort knüpft, wo diese Bethätigung nicht ist Mittel zur Abwehr eines drohenden, oder Vergeltung eines erlittenen Leids. An das Bewußtsein, einem Anderen überlegen zu sein, knüpft sich ein Lustgefühl, welches — wie die Erfahrung zeigt — oft dazu treibt, Anderen diese Ueberlegenheit hart fühlen zu lassen; es kann also zugegeben werden, daß

Digitized by Google

wenn dem Schlag eine feindselige Gesinnung, als wenn ihm ein bloßes Versehen zu Grunde lag; diese psychischen Vorgänge haben

---

sich auch an den Anblick der Activität eines Anderen ein gewisses analoges Lustgefühl knüpft, welches dem Activen Beifall, jenem, der unter der Kraftbethätigung Anderer thatlos leidet, Spott einträgt. Wir haben es in all diesen Fällen eben mit sehr complicirten Erscheinungen zu thun; man geht leicht fehl, wenn man ein einzelnes Moment hervorhebt und zur alleinigen Grundlage bei Erklärung solch' complicirter Processe macht. Aus der Ignorirung des früher von uns hervorgehobenen Momentes resultirt der Fehler, der Schmidt u. E. unterläuft bei Bekämpfung der Anschauung, die als Wurzel der Strafe die Rache ansieht.

Schmidt's Erklärung hat auch eine Lücke: wird die erfahrungsgemäß feststehende Thatsache, daß jeder vom anderen auf eine Kränkung ein actives Einschreiten, eine empfindliche Abfertigung erwartet, abgeleitet aus der Anschauung, daß die volle und rechte Leistungsfähigkeit im Zusammenleben dem nicht zugetraut werden kann, der gegen die Angriffe Anderer keinen Widerstand entgegensetzt, wo er dies thun kann; wurzelt sohin das Bedürfniß einer Reaction gegen Kränkungen in der Erwartung, daß die uns Umgebenden activ sehen werden, dann bleibt noch zu erklären, warum diese Erwartung bezw. Billigung der Activität gegen Beeinflußungen von der Qualität der „Beeinflußungen als ungerechtfertigter und grundloser" abhängig gemacht wird.

Diese Lücke besteht nicht, wenn man, in ähnlicher Weise, wie dies v. Liszt in seiner Abhandlung „Der Zweckgedanke im Strafrecht" gethan und wir in dem Aufsatze „Der objective Thatbestand als Strafzumessungsgrund" versucht haben, die Strafe erklärt aus einer ursprünglich instinctiv (triebartig) geübten Reaction gegen lebensmindernde Angriffe. Schmidt bekämpft diese Anschauung, (S. 70), jedoch, wie es scheint, mit unzureichenden Gründen. Schmidt meint, daß der Genugthuungstrieb, den eine selbst allgemein mißbilligte That hervorruft, doch nur in dem Personenkreise wachgerufen werden kann, dessen Angehörige unmittelbar durch die That gekränkt worden sind. „In den sämmtlichen Angehörigen des Volkes, der Gemeinde wird also nur etwa der Kriegsverrath, die Tempelschändung, Gotteslästerung das instinctive und triebartige Gefühl der Genugthuung zur Folge haben — die Tödtung wird allenfalls in den Geschlechtsgenossen Rachewunsch entfesseln — ein Diebstahl, eine Beleidigung, eine Körperverletzung aber vermag diese Wirkung schlechterdings nur in dem Bestohlenen, dem Beleidigten, dem Geschlagenen zu erzielen und nicht in jedem beliebigen dritten Beobachter der That."

Schmidt meint, „daß der Dritte als Augenzeuge der Mißhandlung eines anderen, oder auf die Erzählung der Schmähung eines anderen in

Digitized by Google

an dem Processe allmähliger Einschränkung der Strafe auf gewollte Verletzungen mitgewirkt[1]) allein dem widerspricht nicht die Behauptung, daß das größere Leid, daß sich mit einer strafbaren Handlung zufällig verbindet, noch eine große Rolle spielt unter den das Strafmaß bestimmenden Factoren.

Eine auffallende Thatsache muß jedoch an dieser Stelle hervorgehoben und deren Begründung versucht werden: Die modernen Strafgesetze machen denjenigen nicht verantwortlich, der durch eine zufällige Handlung eine Rechtsgüterverletzung bewirkt hat, dagegen wird der Erfolg, der sich zufällig an eine strafbare Handlung knüpft, vielfach in denselben Gesetzen als Strafschärfungsgrund behandelt. Wir finden die Erklärung dieser Thatsache darin, daß die Beantwortung der Frage, ob Jemand eine Rechtsgüterverletzung zufällig oder schuldhaft veranlaßt hat, ob Jemand daher einer strafbaren Handlung schuldig ist, Sache der ruhig abwägenden Verstandesthätigkeit ist — die Ausmessung der Strafe bei festgestellter Schuld ist Sache des Gefühls, hier spielen

---

sich selbst den natürlichen Drang nicht verspürt, den Thäter eigenhändig zu züchtigen, und gerade das, der Impuls, dem Thäter selbst zu Leibe zu gehen, wäre das Kennzeichen des Rachegefühls im eigentlichen animalischen Sinne" (im Sinne Schmidt's auch Rée, Entstehung d. Gewissens S. 206). — Wir behaupten dem gegenüber, daß tägliche Erfahrung und Selbstbeobachtung allerdings zeigen, daß der Augenzeuge der Mißhandlung eines Dritten den Drang, den Thäter dafür zu züchtigen, nur mühsam und mit Unlust in sich niederkämpft. Die Erklärung für diesen Trieb haben wir theils in dieser Anmerkung, theils im Texte zu geben versucht. Richtig ist die Behauptung Schmidt's, daß die Empfindungen, die ein unbetheiligter Dritter gegen den Verletzer Jemandes hat, sich zunächst zu Gunsten des Verletzten regen, allein es associirt sich an die Kenntnißnahme dieser Verletzung ein Unlustgefühl, das nur der Intensität nach verschieden ist von jenem, das bei selbst erduldeter Verletzung empfunden wurde. Dieses Unlustgefühl erzeugt einen Reactionsdrang gegen die Quelle der Unlust, wenn auch die Unlust auf einem Umwege, auf dem Wege des Leidens mit einem Anderen, auf dem Wege des Mitleids entstanden ist.

[1]) Finger, obj. Thatbestand S. 26; Löffler, Schuldformen, S. 25.

Digitized by Google

Momente, die das Gefühl mächtig beeinflussen — wenigstens heute noch — eine große Rolle.

Es wird wohl nicht bestritten werden können, daß die Strafen, die in den einzelnen Gesetzgebungen gegen strafbare Handlungen angedroht sind, wenigstens zum Theil nicht willkürlich vom Gesetzgeber erfunden, sondern auf Grund eines in der Gesellschaft vorhandenen Werthurtheiles gefunden sind[1]). So lange eine Gesetzgebung auf dem Boden der Anschauung steht, daß das Strafmaß nicht lediglich bestimmt wird durch einen mit der Strafe zu erreichenden Zweck, dergestalt, daß die Strafdauer in jedem einzelnen Falle davon abhängt, wann dieser Zweck erreicht wird; so lange die Strafe in Beziehung steht zu einer begangenen Uebelthat, wird immer wieder die Erörterung der Frage auftauchen, ob eine zufällige Rechtsgüterverletzung die aus verbotener Handlung sich entwickelt hat, die That als eine solche erscheinen läßt, der gegenüber strengere Reaction geboten ist. Die Frage, ob ein Gesetz, welches den zur Schuld des Thäters nicht zurechenbaren Erfolgen verbotener und mit Strafe bedrohter Handlungen strafschärfende Bedeutung beilegt, sich mit den gesellschaftlichen Werthurtheilen im Einklang befindet, kann nicht beantwortet werden durch temperamentvolle Behauptungen, sondern nur durch ruhige leidenschaftslose Beobachtung. Steht fest, daß das gesellschaftliche Werthurtheil über die Schwere einer That von den Folgen, die sich aus ihr entwickeln, abhängig ist, daß die That im Lichte strengerer Strafwürdigkeit auch dann erscheint, wenn die Folgen „zufällige" sind und wird zugegeben, daß das gesetzgeberische Werthurtheil mit dem gesellschaftlichen — aus Gründen, die hier nicht ausgeführt werden können — sich im Einklange erhalten muß, dann ist die strafschärfende Bedeutung des „Zufalls" erklärt.

---

[1]) Vgl. insbes. Merkel, Vergeltungsidee und Zweckgedanke; Entwicklung des Strafrechts (Rectoratsrede), Rechtliche Verantwortlichkeit „Aula" I, S. 295, vgl. auch R. Schmidt a. a. O.

Digitized by Google

Die strengere Bestrafung eines Thäters, der ein durch einen „zufälligen" Erfolg beschwertes Verbrechen begangen hat, scheint also dann gerechtfertigt, wenn der Nachweis gelingt, daß dieser „zufällige Erfolg" die sociale Bedeutung der That ändert.

Für die Bejahung der zuletzt aufgeworfenen Frage spricht zunächst schon der Umstand, daß wir dem „zufälligen Erfolge" als strafschärfendem Momente in zahlreichen Gesetzgebungen begegnen[1]). Diese Gesetzesbestimmungen sind nicht entstanden aus gesetzgeberischer Willkür, aus Freude an einer Leidzufügung; die Beobachtung der Welt, der Art ihres Urtheilens und Empfindens hat sie hervorgerufen. Will man solche Werthurtheile des Gesetzgebers einer Nachprüfung unterziehen, dann ist es — wie wir bereits in der Abhandlung „der objective Thatbestand als Strafzumessungsgrund" angedeutet haben — erforderlich, daß strafbare Thatbestände von möglichst gleicher Beschaffenheit, die sich nur durch die Schwere des in einem Falle eingetretenen Erfolges von einander unterscheiden mit Bezug auf ihre Strafwürdigkeit mit einander verglichen werden. Wenn z. B. die Frage beantwortet werden soll, ob die strengere Strafe sich rechtfertigen lasse, die das Gesetz (deutsch. R.St.G. § 178; österr. St.G. § 126) gegen den Thäter einer Nothzucht dann androht, wenn der Tod der

---

[1]) Wir heben auf's Gerathewohl aus zahlreichen hieher gehörigen Gesetzesbestimmungen heraus: Aus dem italienischen Strafgesetzbuch vom 30. Juni 1880: die Art. 45, 241, 303 2, 306 2, 312 2, 324, 368, 374 mit 372, 383 2, 386 2 u. s. w.; aus dem niederländischen Strafgesetzbuch vom 3. März 1881: Art. 158 3, 163 2, 164 2, 165 2, 166 2 3, 167, 168, 170 3, 172 2, 173 2, 174 2, 175 2, 248, 252, 257, 283 2, 306 u. s. w.; aus dem Strafgesetzbuche des Staates New-York vom 26. Juli 1881 z. B. § 183 Abs. 3, § 196, 197 u. s. w. — Auch das Strafgesetzbuch für Finnland vom 19. Dez. 1889 ist trotz der Bestimmung des § 5 des 3. Kapitels hieher zu zählen, nicht nur wegen der milderen Bestrafung des Versuches gegenüber dem vollendeten Verbrechen (4. Kap. § 1), sondern mit Rücksicht auf die Bestimmung des 21. Kap. § 4 Abs. 2, § 6 u. s. w. Vgl. auch Vorentwurf eines schweizerischen Strafgesetzbuchs Art. 55, 58, 66, 99 al. ult. 139, 148 2, 149, 151.

Digitized by Google

beleidigten Person in Folge der Nothzucht eintritt, dann darf man nicht anknüpfen an ganz ausnahmsweise Fälle, die vom Gesetzgeber übersehen worden sein dürften, um dann aus der im Gesetze angedrohten für den construirten Fall anscheinend zu harten Strafe ein Argument gegen jede Strafschärfung zu schöpfen[1]). So verfährt in seiner unten citirten Monographie Löffler, indem er folgendes Beispiel bringt: „A geht mit der Dirne X in ein Bordell; die X giebt ihm über jeden Zweifel sicher ihre Abneigung, resp. Nichteinwilligung zu erkennen. Nachdem die X in sinnloser Betrunkenheit daliegt, vollzieht der selbst nicht ganz nüchterne A an ihr den Beischlaf." Löffler meint nun, daß in solchem Falle der Thäter gewiß nur mit dem Mindestmaß der Strafe des § 176 deutsch. R.St.G. — 6 Monate Gefängniß — getroffen würde. Dem erwähnten Fall stellt nun Löffler jenen gegenüber, daß die X in Folge des Coitus vom Schlag getroffen wird und stirbt, bezw. den Fall, daß die X concipirt und an der Entbindung stirbt. Wir stimmen mit Löffler vollständig überein, daß die Strafe von 10 Jahren Zuchthaus, die nach § 178 deutsch. R.St.G. hier Anwendung fände, mit Rücksicht auf die Besonderheiten des Falles wohl als zu strenge erschiene, doch dies beweist schlechterdings gar nichts gegen das Princip der Erfolghaftung; der Hinweis auf solche Fälle ist lediglich geeignet einen Augenblick lang zu verwirren oder zu täuschen. Wer die Erfolghaftung bekämpft, muß sich darüber aussprechen, ob er es billigt, daß von zwei einander sonst gleichen Fällen strafbarer Handlungen jener mit strengerer Strafe getroffen werde, der durch einen schweren Erfolg characterisirt ist. Man denke an zwei Noth-

[1]) Diesen Fehler begeht neuerdings wieder Löffler in der Monographie „Die Schuldformen des Strafrechts", S. 262 ff. Löffler behandelt übrigens nur eine Seite dieses schwierigen Problemes, er wirft die Frage nicht einmal auf, ob bezw. wie es zu rechtfertigen ist, daß der Versuch milder gestraft wird, als das vollendete Verbrechen. Vgl. hiezu Merkel, Grünhut's Zeitschr. 5 S. 638. Lammasch, Das Moment objectiver Gefährlichkeit; u. v. A.

Digitized by Google

zuchtsfälle; zwei junge Mädchen, beide gleich sittsam, werden am selben Tage Opfer zweier Wüstlinge, das eine Mädchen stirbt in Folge des Nothzuchtactes; wir glauben kaum, daß sich Richter finden werden, die gegen den Thäter, aus dessen Nothzuchtsact der Tod der Genothzüchtigten erfolgte (mochte der Thäter auch nicht entfernt in der Lage gewesen sein, diesen Erfolg vorauszusehen) nicht eine strengere Strafe verhängen werden, als gegen den anderen Thäter. Auf einen anderen Fall sei noch hingewiesen: zwei Personen, Nachbarn im selben Hause, stellen in ganz gleicher Weise Blumentöpfe vor die Fenster ihrer Wohnung, ohne sie gegen das Herabfallen genügend zu sichern. (§ 426 österr. St.G.) Ein Sturmwind schlägt eines Tages von den Fenstern Beider je einen Blumentopf herab. Der Blumentopf des A fällt zu Boden und zerbricht, der Blumentopf des B erschlägt im Falle ein Kind. Der Richter, der in diesen Fällen den B strenger straft als den A, befindet sich mit seinem Urtheile — so weit unsere Beobachtung reicht — im Einklang mit dem Urtheil der Gesellschaft; der Erfolg einer That im guten wie im bösen Sinne spielt bei der socialen Werthschätzung der That eine bedeutsame Rolle.

Wird zugegeben, daß der Gesetzgeber sich mit der socialen Werthung der einzelnen Thaten, die die Allgemeinheit bald in kleineren bald in größeren Kreisen täglich vornimmt und auf deren Grundlage sie die einzelnen Urtheilssprüche critisirt[1]), nicht in Widerspruch setzen darf, dann kann aus den heutigen Gesetzen die Haftung für den zufälligen Erfolg strafbarer That noch nicht eliminirt werden. Die heutige Gesellschaft verlangt noch, daß auf den Thäter zurückfallen die Folgen seines verbotenen Thuns; die Aengstlichkeit im Bestreben, ihn von denselben völlig befreien zu wollen, kommt gleich der heute endlich energischer bekämpften Tendenz in den Fällen, in welchen Jemand einem anderen ersatz-

[1]) Vgl. Schmidt a. a. O. S. 112ff., S. 116.

Digitized by Google

pflichtig wurde bei Bemessung der Schadenersatzsumme lieber dem Geschädigten als den Schädiger wehe zu thun; lieber den zu kränken, der Leid erlitten, als den, der es zugefügt hat.

Der Richter ist bei Bemessung der Strafe vom gesellschaftlichen Werthurtheil in gleicher Weise abhängig wie der Gesetzgeber bei Androhung der Strafe. Wie sehr der Richter auf dieses Werthurtheil Rücksicht nehmen muß, zeigt sich weiter regelmäßig darin, daß strengere Strafen verhängt werden, wenn gewisse strafbare Handlungen an einem Orte sich häufiger wiederholen. Die strengere Strafe (auch in den Fällen des Standrechtes) ist eine Folge des gesteigerten Reactionsbedürfnisses der Gesellschaft, das hier durch Zusammenfallen relativ vieler Verbrechen an einem Ort, in kurzer Zeit ebenso gesteigert wird, als dort durch die Schwere der Folge. Auch hier ist die strengere Strafe, die den Thäter trifft, durch rein objektive Momente bestimmt, nicht durch die Tiefe der Verschuldung[1]).

Thomsen beschäftigt sich in seiner Monographie mit der eben besprochenen Frage nicht, seine Darstellung ist der lex lata gewidmet, eine beiläufige Stellungnahme zur Frage der strafschärfenden Bedeutung des Zufalls ist nur zu finden in der Bemerkung (S. 32 Anm. 33), daß nur das kanonische Recht die

[1]) s. Jellinek, Social-ethische Bedeutung von Recht, Unrecht, Strafe S. 126, 113, 107 u. a.; Merkel, Zeitschr. f. Strafrechtsw. I, S. 593 ff., Strafrecht S. 195 ff., 254; vgl. auch Lammasch, Kriminalpolitische Studien, Gerichtssaal 44 S. 151, 169 und „Zweck und Mittel der Strafe", Zeitschr. 9, S. 445; Lammasch, Der Moment objectiver Gefährlichkeit im Begriffe des Verbrechensversuches, S. 65; H. Meyer, Gerechtigkeit im Strafrecht, Gerichtssaal, 32. Bd., S. 123, 137; Bar, Grundlagen des Strafr. S. 62: „aber wie fein auch immer die Beurtheilung und Berücksichtigung des verbrecherischen Willens werden möge, so wird doch, so lange das Strafrecht noch Strafrecht bleibt und nicht in die Moral sich wieder auflösen soll, auch der äußeren Seite des Verbrechens, der That und dem Erfolge ein großer Einfluß verbleiben müssen"; vgl. auch ebenda S. 63 und 64. S. auch Bar, Handbuch des Strafr. I, S. 311 ff., bes. S. 335 f.; Günther, Idee der Wiedervergeltung, bes. Abth. III, erste Hälfte. Heinze, z. Physiologie d. St.P.Gerichtss. 28, S. 570.

Digitized by Google

Größe der Strafbarkeit lediglich von der inneren Verschuldung abhängig machte und in dem Hinweis (S. 32), „daß nach feststehender Doctrin und Praxis bei der Strafzumessung die Intensität des angerichteten Schadens berücksichtigt wird, ohne daß diese speciell verschuldet zu sein braucht". Mit Recht weist Thomsen auch darauf hin, daß die mildere Bestrafung des Thäters, dessen Handlung im Stadium des Versuches blieb, meist nur auf einen „Zufall" zurückzuführen ist (S. 31).

III.

Thomsen theilt die durch eine Folge qualificirten Delicte in drei Gruppen ein. „Die erste Gruppe bilden diejenigen Paragraphen, deren einfaches Delict ausschließlich sein eigenes Rechtsgut schützt". „Zur zweiten Gruppe gehören diejenigen qualificirten Delicte, deren einfaches Delict zwar sein eigenes, von dem der Qualification verschiedenes Rechtsgut hat, zugleich aber schon letzteres mitschützt". „Zur dritten Gruppe gehören alle diejenigen qualificirten Delicte, bei denen das in dem bezüglichen einfachen Delicte geschützte Rechtsgut mit dem durch die Qualification geschützten identisch ist." Diesen Ausführungen liegt offenbar der Gedanke zu Grunde, daß das Grunddelict bald ein Verletzungsverbrechen, bald ein aus einem Verletzungs- und Gefährdungsverbrechen zusammengesetztes Verbrechen, bald ein reines Gefährdungsverbrechen ist. Ein Ueberblick über die dem deutschen R.St.G. bekannten durch eine Folge qualificirten Verletzungsdelicte zeigt aber, daß die das Grunddelict bildende Verletzungshandlung im Hinblick auf ein anderes Rechtsgut Gefährdungshandlung ist. Wenn das deutsche R.St.G. die gewaltsame Nöthigung zur Duldung unzüchtiger Handlungen, zur Duldung des außerehelichen Beischlafes (§§ 176, 177), die Abtreibung der Leibesfrucht (§ 218) mit Strafe bedroht, so schützt es nicht, wie Thomsen (S. 8) meint, in ersterem Falle nur die Geschlechtsehre des Objectes „und beschäftigt sich mit dessen Leben nicht",

Digitized by Google

sondern es schützt das Object auch gegen die mit solchen Handlungen häufig verbundenen weiteren Gefahren, z. B. einer Krankheit, des Todes.

Der Unterschied der Fälle der Gruppe I von jenen der Gruppe II, zu welchen Thomsen z. B. den Fall des § 307 St.G. zählt, besteht darin, daß die Handlungen, welche den Thatbestand der in die erste Gruppe gehörigen Grunddelicte bilden, in zahlreichen Fällen, die sich durch von vornherein anzugebende Merkmale von den anderen Fällen nicht unterscheiden lassen, ein Gefährdungsmoment für jenes Rechtsgut in sich schließen, dessen thatsächliche Verletzung das Gesetz zum Qualificationsmerkmal erhebt. Dagegen läßt sich bei den in die II. Gruppe gehörigen Grunddelicten die Abgrenzung der Fälle, die durch eine Gefährdung eines weiteren Rechtsgutes ausgezeichnet sind, leichter vornehmen, weil der das Grunddelict bildenden Handlung die generelle Eignung, die als Qualificationsmerkmal im Gesetze bezeichnete Folge herbeizuführen, nicht in gleichem Maße zukommt, wie den Grunddelicten der I. Gruppe. Die Sachbeschädigungen, die fremdes Menschenleben gefährden, lassen sich durch Angabe gewisser Merkmale von jenen abgrenzen, die solches Gefährdungselement nicht in sich schließen — thatsächlich unternimmt das deutsche R.St.G. in den §§ 305 und 306 eine solche Abgrenzung; im Gegensatze hiezu ist der Gesetzgeber außer Stande die Abtreibungshandlungen, die das Leben der Schwangeren gefährden von jenen abzugrenzen, bei welchen solche Gefahr nicht besteht. Darin finden wir den Unterschied zwischen der I. und der II. Delictsgruppe und nicht in den von Thomsen hervorgehobenem Momente. In die III. Gruppe gehören dann jene Fälle, bei denen das Grunddelict den Character eines Gefährdungsverbrechens hat; die Qualificationsfälle zeichnen sich hier dadurch aus, daß die Verletzung jenes Rechtsgutes eingetreten ist, dessen Gefährdung das Grunddelict mit Strafe bedroht. Es kann somit als Merkmal aller Delictsgruppen bezeichnet werden, daß das Grunddelict

Digitized by Google

in jedem Falle ein bald größeres, bald kleineres Gefahrselement für jenes Rechtsgut in sich schließt, dessen Verletzung zum Qualificationsmerkmal erhoben ist.

Wird festgehalten, daß für die in Rede stehenden qualificirten Verbrechen characteristisch ist die Entstehung eines im Gesetze näher bezeichneten Erfolges aus einem als Verletzungs- bezw. Gefährdungsverbrechen zu bezeichnenden Grunddelicte, dann kann die Anschauung, daß das qualificirte Verbrechen sich aus einem vorsätzlichen und fahrlässigen zusammensetze, a priori nicht abgelehnt werden — es scheint daher voreilig, wenn Thomsen S. 12 ausführt: „Eine andere Ansicht über die Entstehungsweise unserer qualificirten Delicte ist die, daß der Gesetzgeber zwei einzelne selbständige Delicte zu einem neuen zusammengesetzten vereinigt habe, nämlich ein vorsätzliches, das einfache Delict, und ein fahrlässiges, die Verursachung der Folge". „Dieser von Hälschner und Baumgarten vertretenen Ansicht wird nicht zuzustimmen sein, weil bei der Gruppe III das einfache Delict gar nicht existirt." Allein eine genauere Betrachtung z. B. des Thatbestandes des § 5 des Sprengstoffgesetzes zeigt, das auch bei den zur Gruppe III gehörigen Delicten das Grunddelict (allerdings nicht als Verletzungsverbrechen, wohl aber als Gefährdungsverbrechen) existirt. Der Thatbestand der Gefährdungsverbrechen ist meist allgemein formulirt, das Gesetz droht Strafe einer näher bezeichneten Handlung, deren Vornahme Rechtsgüter (nicht gerade ein concretes Rechtsgut) gefährdet. Eigenthum, Gesundheit, Leben können durch unvorsichtiges Gebahren mit Sprengstoffen gefährdet werden (Grunddelict des § 5 Sprengstoffges. — ein Gefährdungsverbrechen); aus diesem Grunddelict kann thatsächlich der Tod eines Menschen eintreten § 5 al. 2; es kann der Tod eines Menschen aber auch in einer zur culpa des Thäters zurechenbaren Weise eintreten, es ist dann das qualificirte Verbrechen (§ 5 al. 3) ein aus einem dolosen Gefährdungs- und culposen Verletzungsverbrechen zusammengesetztes. Wir stimmen allerdings

Digitized by Google

(im Gegensatz zu Baumgarten und Hälschner) mit Thomsen, Birkmeyer, mit den von Birkmeyer citirten Entscheidungen des Reichsgerichtes (vgl. Gerichtssaal 37. Bd. S. 316) und den dort citirten Autoren überein, nur die vorerwähnte Begründung Thomsen's möchten wir nicht zur unseren machen.

Da bei allen hier in Rede stehenden qualificirten Verbrechen das Grunddelict nur ein (wenn auch unter Umständen entferntes) Gefahrsmoment für jenes Rechtsgut enthält, dessen Verletzung Qualificationsmerkmal ist, so wird, wie Thomsen richtig hervorhebt, in den meisten Fällen der Erfolg des Grunddelictes dem qualificirenden Erfolge vorhergehen; dies wird zweifellos immer dort der Fall sein, wo das Grunddelict in einer Gefährdung desselben Rechtsgutes besteht, dessen Verletzung Qualificationsmerkmal ist; so geht beispielsweise jeder Verletzung des Lebens, der Körperintegrität, deren Gefährdung voraus[1]). Ist aber für das Grunddelict die Verletzung eines anderen Rechtsgutes characteristisch als jenes, dessen Verletzung Qualificationsmerkmal ist, dann ist mit Thomsen zu behaupten, daß der qualificirende Erfolg vor dem das Grunddelict characterisirenden Verletzungserfolg eintreten kann. Es ist möglich, daß in den Fällen gewaltsamer Verübung unzüchtiger Handlungen, gewaltsamer Aufnöthigung des Beischlafes §§ 176 und 177, der qualificirende Erfolg früher eintritt als der Verletzungserfolg des Grunddelictes. Diese Thatsache nöthigt zur Beantwortung der Frage, was zum Thatbestande des qualificirten Verbrechens gehört, insbesondere, ob für den Thatbestand des qualificirten Verbrechens die Verwirklichung des ganzen Thatbestandes des Grunddelictes Voraussetzung ist. Thomsen vertritt die Anschauung, daß in denjenigen Fällen, in welchen der angedeutete Zweifel nicht schon durch den Wortlaut des Gesetzes deswegen beseitigt ist, weil das Gesetz als Ursache des qualificirenden Erfolges das

[1]) Binding spricht in diesen Fällen von einem Wachstum des staatlichen Strafrechtes.

Digitized by Google

Grunddelict mit seinem technischen Namen bezeichnet, unter dem einfachen Delict als Ursache des qualificirten sowohl das vollendete als das versuchte zu verstehen ist. Zu dem erwähnten Zweifel geben besonders Anlaß die Bestimmungen der §§ 178, 220, 221, 229 2, 315 2, 321 2, 323, 324 R.St.G., ferner die §§ 12 und 13 des Nahrungsmittelgesetzes vom 14. Mai 1874 und § 5 des Sprengstoffgesetzes, in denen als Ursache des qualificirenden Erfolges die „Handlung" des einfachen Delictes genannt wird. Thomsen versteht unter Handlung im Anschlusse an Binding, Hdb. I, S. 565 Anm. 3 (vgl. auch Hälschner II, S. 75) das Delict und erklärt es für einerlei, ob es in der Erscheinungsform des Versuchs oder der Vollendung vorliege. Als Beleg für die Richtigkeit dieser Anschauung wird weiter ausgeführt, daß „subjectiv beim Versuche immer schon das vollendete Delict vorliege", daß das Gesetz beim Rückfall keinen Unterschied mache, ob das Vordelict ein versuchtes oder vollendetes Verbrechen war, endlich, daß wir häufig den Versuch mit der gleichen Strafe wie die Vollendung bedroht finden. Die Stylisirung des § 4 Rinderpestgesetz und § 12 Nahrungsmittelgesetz werden auch als Argumente für die erwähnte Anschauung angeführt (S. 19).

Wir behalten die Besprechung der Consequenzen dieser Anschauung einem späteren Zeitpunkte vor und wenden uns, dem Gange der Untersuchung bei Thomsen folgend, der Betrachtung einer anderen Seite der in Rede stehenden Delicte zu, der Beantwortung der früher bereits kurz erwähnten Frage, ob das qualificirte Delict zusammengesetzt ist aus zwei dolosen oder aus einem dolosen und culposen Delicte oder, ob schon der thatsächliche Eintritt der Folge erschwerender Umstand ist. Thomsen bezeichnet das Verhältniß des Thäters zum qualificirenden Erfolge als Schuldverhältniß und nennt mit Bezug auf dieses Verhältniß das qualificirte Delict ein vorsätzlich qualificirtes, ein fahrlässig qualificirtes und ein zufällig qualificirtes.

Digitized by Google

Von dem Falle, daß der Erfolg lediglich als zufällig eintretende qualificirende Bedingung betrachtet wird, unterscheidet Thomsen S. 22 noch jene Auffassung, die in dem Eintreten des Erfolges eine „Strafbarkeitsbedingung" erblickt. Als Repräsentanten dieser von ihm als falsch bezeichneten Anschauung nennt Thomsen v. Liszt, Lehrb. 5 A. S. 191 Anm. 2 und Franke, Goltd. Archiv XX. Bd. S. 34 ff.

Die Citirung v. Liszt's beruht u. E. auf einem Mißverständnisse; v. Liszt sagt S. 191 der 5. Aufl. [bezw. S. 163 d. 6. A. und S. 171 d. 7. A.]: „in einer Reihe von Fällen hat aber der Gesetzgeber den Eintritt seiner Strafdrohung abhängig gemacht von dem Vorliegen äußerer von der rechtswidrigen Handlung selbst unabhängiger, zu ihr hinzutretender Umstände. Ich bezeichne diese Umstände als Bedingungen der Strafbarkeit im engeren Sinne" und fügt in einer Anmerkung bei: „Verschieden von diesen Fällen sind diejenigen, in welchen der Eintritt eines schweren Erfolges Voraussetzung für die Verhängung einer strengeren Strafe ist. Vgl. oben § 37 Note 5" (resp. § 35 Note 6). An der letzterwähnten Stelle bemerkt v. Liszt: „Es tritt ferner nach geltendem Recht in einer Reihe von Fällen schwerere Strafe ein, wenn durch eine an sich schuldhafte Handlung ein unverschuldeter schwerer Erfolg herbeigeführt wurde. Die schwerere Strafe wird hier also verhängt, auch wenn in Beziehung auf den schwereren Erfolg weder Vorsatz noch Fahrlässigkeit des Thäters gegeben war". v. Liszt zählt somit die ein Delict qualificirenden Erfolge zu denjenigen, deren thatsächliches (zufälliges) Eintreffen strengere Strafe nach sich zieht, allein von den objectiven Bedingungen im engeren Sinne (v. Liszt nennt beispielsweise als solche die Verbürgung der Gegenseitigkeit in §§ 102 und 103 R.St.G.) unterscheidet v. Liszt die qualificirenden Erfolge und hebt hervor, (S. 91, 5. A.; S. 164, 6 A.; S. 172, 7. A.) „daß die Bedingungen der Strafbarkeit (im engeren Sinne) äußere Umstände sind, die

Digitized by Google

mit der verbrecherischen Handlung selbst und deren einzelnen Bestandtheilen nichts zu thun haben, vielmehr durchaus getrennt von dieser in's Auge gefaßt werden müssen" [1]).

Bei Erörterung des Schuldverhältnisses des Thäters in Beziehung auf den qualificirenden Erfolg bespricht Thomsen zuerst das „zufällig qualificirte Delict" und schließt sich der Anschauung an, die von Oppenhoff, Rüdorff, v. Schwarze, v. Liszt, Schaper, H. Meyer, Schütze, Birkmeyer, v. Rohland, Landsberg u. A. vertreten wird und dahin geht, daß für den Thatbestand der in Rede stehenden Gesetzesbestimmungen die zufällige Verursachung der qualificirenden Folge genügt; gegen den Einwand, daß nach der erwähnten Anschauung der Zufallbestand und hiemit ein Fundamentalsatz des Strafrechts verletzt würde (Berner, Lehrb. und G.S. Bd. 19 S. 5; Binding I, S. 366, Hälschner I, S. 327; Schütze S. 396 Anm. 9) wendet Thomsen, wie schon vorhin angedeutet, ein, daß die Bestrafung des Zufalls im Strafrecht „nicht so etwas Abnormes ist."

[1]) Wir theilen dagegen nicht die Anschauung v. Liszt's (7. A. S. 173), daß zur urtheilsmäßigen Annahme einer Bedingung der Strafbarkeit nach § 262 St.P.O. Zweidrittelmehrheit erforderlich ist. Zu den „von dem Strafgesetze besonders vorgesehenen Umständen, welche die Strafbarkeit ausschließen, vermindern oder erhöhen", gehören doch wohl nicht solche, die nach v. Liszt's eigener Anschauung „mit der verbrecherischen Handlung selbst und deren einzelnen Bestandtheilen nichts zu thun haben, vielmehr durchaus getrennt von dieser in's Auge gefaßt werden müssen" (a. a. O. S. 172). Nach v. Liszt „umfaßt die Schuld nicht die außerhalb der Handlung liegenden Bedingungen der Strafbarkeit". Die Feststellung, ob die einzelnen Autoren für die eine oder andere Anschauung sind, bereitet Schwierigkeit, weil keine Uebereinstimmung darüber herrscht, welche Umstände als „Bedingungen der Strafbarkeit im engeren Sinne" (v. Liszt), bezw. als „anderweite Bedingungen des Strafrechts" (Binding) zu bezeichnen sind. Für unsere A. Olshausen zu § 102 Nr. 5. § 4. Nr. 13, wohl auch Bennecke in seinem Reichsstrafproceßrecht S. 568 A. 12 und S. 591 (vgl. auch S. 593 A. 8); H. Meyer S. 295; vgl. auch v. Kries, Strafproceß, S. 442 und 606; Ullmann, Strafproceß S. 260 ff. Wach, G.S. 37 S. 644; s. auch Entsch. des R.G. I S. 44, II S. 62, VII S. 298, XIII S. 229, XV S. 122.

Digitized by Google

Thomsen bezeichnet es weiter als „selbstverständlich" (S. 33), daß in den sämmtlichen eingangs angeführten Paragraphen mit Ausnahme der §§ 87 und 225 auch das fahrlässig qualificirte Delict enthalten ist. Diese Behauptung scheint uns etwas vorschnell; zunächst wäre man doch wohl geneigt anzunehmen, daß ein Gesetz dort, wo ein schwerer Erfolg aus normwidriger Handlung nicht nur thatsächlich, sondern schuldhaft (culpa) veranlaßt ist, strengere Strafe droht, als in den Fällen, in denen ein Erfolg sich rein thatsächlich an eine Handlung angeschlossen hat. Wenn sich die strengere Behandlung der letzt angeführten Fälle gegenüber dem Grunddelicte — wie wir auszuführen versucht haben — rechtfertigen läßt durch die gebotene Rücksichtnahme, auf Empfindungen und Werthschätzungen der Gesellschaft, so ist die strengere Bestrafung der „fahrlässig qualificirten Delicte" gegenüber den „zufällig qualificirten" zu begründen durch den Hinweis auf das größere Maß der Verschuldung. Der Gesetzgebung ist dieser Gedanke nicht fremd, er kommt zu klarstem Ausdrucke in jener Bestimmung, aus der Thomsen das entscheidendste Argument zur Interpretation der von ihm behandelten Paragraphen im Sinne „objectiv qualificirter Delicte" gewonnen hat, in § 5 des Sprengstoffgesetzes. Der Thatbestand nach § 5 Abs. 3 ist ein zusammengesetztes Verbrechen, er besteht aus dem Thatbestande des § 5 Abs. 1 Sprengstoffges. und aus dem Thatbestande des § 222 R.St.G. — In ähnlicher Weise wäre wohl auch anzunehmen, daß wenn zum Thatbestande des § 220 Abs. 2 schon der Fall gehört, in welchem durch eine Abtreibungshandlung im Sinne des § 220 Abs. 1 der Tod der Schwangeren thatsächlich verursacht worden ist, jener Fall in diesem Thatbestande nicht mitbegriffen ist, in welchem dem Thäter hinsichtlich der Tödtung der Schwangeren culpa zur Last fällt. Es kann u. E. einem Zweifel nicht unterliegen, daß es ein strafrechtlich bedeutsames Moment ist, daß der Tod der Schwangeren durch eine Fruchtabtreibung in einer zur culpa zurechenbaren Weise herbeigeführt wurde (es

Digitized by Google

liegt ja, wenn man die That in Abstraction von der Fruchtabtreibung betrachtet, die strafbare Handlung nach § 220 St.G. vor); wird die ganze That dem § 220 2 St.G. subsumirt, dann bleibt für jene, die den § 220 2 im Sinne eines „zufällig qualificirten Delictes" auslegen, ein durch den Thatbestand des § 220 2 nicht erfaßter Ueberschuß zurück; es wird — mit anderen Worten — die Bestimmung des § 220 2 nicht sämmtlichen strafrechtlich relevanten Seiten der That gerecht. Ist dies der Fall, dann zeigen sich uns in einem solchen Falle die characteristischen Merkmale einer Idealconcurrenz[1]). Selbstverständlich werden eine Idealconcurrenz Diejenigen nicht annehmen, die die bezüglichen Gesetzesbestimmungen nicht im Sinne „zufällig qualificirter", sondern im Sinne „fahrlässig qualificirter" Verbrechen auslegen, so Berner, Binding, Baumgarten, Hälschner, Schütze. Dagegen nehmen thatsächlich Olshausen § 118 Nr. 5 und Rubo § 118 Nr. 3 Idealconcurrenz des Verbrechens nach § 118 mit dem § 223 ff. an, sobald die Vorsätzlichkeit oder Fahrlässigkeit der Körperverletzung festgestellt ist. Für die Strafbemessung ist die Annahme einer Idealconcurrenz in den gedachten Fällen mit Rücksicht auf die Bestimmung des § 73 St.G. ohne practische Bedeutung; gleichwohl hat die Frage nicht lediglich theoretische Bedeutung, wenn man sich der u. E. richtigen Anschauung anschließt, daß auch in den Fällen solcher Concurrenz die Feststellung des leichteren Delictes im Urtheil erforderlich ist[2]).

---

[1] v. Liszt S. 225; Hiller, G.S. 32. Bd. S. 195; Wachenfeld, Theorie der Verbrechensconcurrenz, S. 56, II; Heinemann, Lehre von der Idealconcurrenz S. 101 ff.; Binding, Handbuch I, S. 349 ff.

[2] So H. Meyer, Lehrb., 5. A. S. 442; Oppenhoff zu § 73 Nr. 13; Fuchs, Anklage und Antragsdelict, S. 85; Haager, G.S. 1876, S. 101; Olshausen (4. A.) I, S. 358; Rüdorff-Stenglein, § 73 Nr. 18; Bischoff, G.S. 29. Bd. S. 140; Ortmann, G.S. 35. Bd. S. 34; Binding, Grundriß, S. 189; Wachenfeld, Verbrechensconcurrenz S. 79; v. Liszt S. 226; Entsch. des R.G. IV 179, XVIII 193, XXVII 86, VIII 84, XVI 302; A. M. Merkel, Holtzendorff Handb. IV 229; Hälschner I,

Digitized by Google

Eine sorgfältige Interpretation der einzelnen Gesetzesbestimmungen kann allein ergeben, ob die bezügliche Gesetzesbestimmung lediglich auf das „zufällig qualificirte Delict" sich bezieht oder das „fahrlässig qualificirte" mit umfaßt; bei dieser Interpretation wird das früher angedeutete Moment bedeutsam, daß bei einigen der durch einen Erfolg qualificirten Verbrechen das Grunddelict in (auch dem Thäter erkennbarem) hohem Maße die generelle Eignung hat, das Rechtsgut zu verletzen, dessen thatsächliche Verletzung Qualificationsmerkmal ist.

V.

Auf S. 34 ff. wendet sich Thomsen der Beantwortung der Frage zu, ob unsere Paragraphen auch dann in Anwendung kommen, wenn dem Thäter mit Bezug auf den qualificirenden Erfolg dolus zur Last fällt, ob also (nach Thomsen's Terminologie) die Paragraphen auch das vorsätzlich qualificirte Delict in sich schließen. Thomsen bejaht diese Frage und giebt Folgendes als Gründe für seine Anschauung an: zunächst schließt der Wortlaut des Gesetzes den dolus nicht aus; steht der Wortlaut des Gesetzes der Annahme einer vorsätzlichen Verursachuug nicht entgegen, so kommt es nur noch auf den Willen des Gesetzgebers an, dieser muß jedoch — wie Thomsen S. 40 und 41 durch den Hinweis auf den Umstand ausführt, daß die Strafen im XVI. und XVII. Abschnitt des R.St.G. nicht genügend zu einander in Beziehung gebracht sind — als dahin gerichtet angesehen werden, daß die „vorsätzliche Verursachung in den in Rede stehenden Bestimmungen grundsätzlich mit inbegriffen ist." Einen wichtigen Beweis für seine Anschauung findet Thomsen in der geschichtlichen Entstehung der §§ 224, 225 St.G. [S. 41—44].

Wir können uns hier der Anschauung Thomsen's nicht anschließen und zwar halten uns hievon ähnliche Bedenken ab wie die

S. 683; v. Schwarze, § 73 Nr. 7; Buri, Einheit und Mehrheit, S. 110; Schütze, Zeitschr. für Strafrechtsw. III, S. 72.

Digitized by Google

oben gegen Thomsen's Anschauung vorgebrachten. Wir schließen uns der u. E. durchaus zutreffenden Argumentation Birkmeyer's an (G.S. 37 Bd. S. 314), die dahin geht: wenn in § 225 die in § 224 „bereits unter geschärfte Strafe gestellten Erfolge nochmalige Strafschärfung bewirken, falls sie beabsichtigt waren, so folgt daraus nicht bloß für die Fälle des § 224 (Geyers, Krit. V.J.S. XX S. 574), sondern für alle in gleichen oder ähnlichen Ausdrücken redenden Gesetzesbestimmungen überhaupt, in welchen der durch vorsätzliches Handeln herbeigeführte schwerere Erfolg härtere Strafe nach sich zieht, daß dolus in Bezug auf den Erfolg dabei vom Gesetzgeber nicht vorausgesetzt wird." Was Thomsen gegen die Argumentation aus der Entstehungsgeschichte der §§ 224 und 225 anführt (S. 42 ff.), fällt u. E. nicht in's Gewicht gegenüber den oben angedeuteten allgemeinen Erwägungen (vgl. S. 439) und gegenüber den Consequenzen zu denen Thomsen's Annahme führt. Nach Thomsen's Anschauung ist z. B. in § 220 Abs. 2 der Fall mit inbegriffen, in welchem ein Thäter eine schwangere Frauensperson durch Abtreibung ihrer Leibesfrucht tödtet (vgl. das Beispiel auf S. 47 und die Bemerkung auf S. 49: „da nämlich unsere Paragraphen über die Art der Ausführung [ob überlegt oder unüberlegt] nichts sagen, so umfassen sie sowohl Mord wie Todtschlag"). Der § 220 enthält somit (mit anderen Worten) nicht nur den Thatbestand der durch eine zufällige oder fahrlässige Tödtung qualificirten Fruchtabtreibung, (das zufällig und fahrlässig qualificirte Delict), sondern auch einen Specialfall der Tödtung: die Tödtung durch Fruchtabtreibung und zwar in beiden Formen als Mord und Todtschlag. Zu gleichen Resultaten führt diese Anschauung bei Interpretation der §§ 58, 312, 317 2, 321, 322, u. s. w.; alle diese Paragraphen enthalten, da die Absicht, einen Menschen zu tödten, in diesen Gesetzesbestimmungen eingeschlossen ist, Specialfälle der Tödtung und zwar wie eine Vergleichung der Strafrahmen zeigt, dem Morde gegenüber Privilegirungsfälle.

Digitized by Google

Wäre die Interpretation Thomsen's richtig, daß in den §§ 178, 220 2, 229 2 u. s. w. die Absicht den qualificirenden Erfolg — Tod eines Menschen — herbeizuführen, eingeschlossen ist, dann hätten wir in dem Falle, in welchem Jemand, in der Absicht eine Frauensperson zu tödten, mit Ueberlegung z. B. eine Fruchtabtreibung gegen sie vornähme, eine Handlung, die sowohl dem § 211 als dem § 220 2 subsumirt werden könnte, es läge eine sogenannte Gesetzesconcurrenz vor, es wäre nach allgemeiner Anschauung das speciellere Gesetz, also im gegebenen Fall § 220 2, gegen den Thäter anzuwenden.

Thomsen verweist allerdings S. 41 darauf, daß zu ähnlichen Consequenzen jene Anschauung führe, die den dolus in den in Rede stehenden Paragraphen ausgeschlossen ansieht. „Betrachten wir folgenden Fall. Es dreht jemand vorsätzlich (aber ohne Ueberlegung) eine zur Sicherheit der Schifffahrt dienende Laterne aus, infolge dessen strandet das Schiff und ein Mensch kommt um's Leben. Nehmen wir nun an, der Gesetzgeber habe den Vorsatz auf die qualificirenden Folgen in unseren Paragraphen ausgeschlossen, so gelangen wir zu folgenden Consequenzen: hat der Thäter ohne die Absicht zu tödten (etwa nur um sich einen, allerdings etwas gefährlichen Spaß zu machen) gehandelt, so trifft ihn, selbst bei Vorliegen von Umständen, welche bei § 212 f. „mildernde" sein würden, Zuchthaus von 10 bis 15 Jahren oder lebenslängliches Zuchthaus, hat er dagegen den Tod beabsichtigt, so tritt aus § 212 nur Zuchthausstrafe von 5 bis 15 Jahren ein, bei mildernden Umständen sogar nur Gefängniß von 6 Monaten bis zu 5 Jahren, § 213". Wir theilen diese Anschauung nicht; das Strafgesetz droht im § 322 den dort näher bezeichneten gemeingefährlichen Handlungen Strafe, die Intensität der Strafe nimmt zu (§ 322 Abs. 2), wenn aus einer solchen gemeingefährlichen Handlung der Tod eines Menschen entsteht; hat in einem Falle der Thäter diesen eingetretenen Tod beabsichtigt, dann zeigt seine Handlung ein weiteres durch den Thatbestand des § 322 2

Digitized by Google

nicht miterfaßtes strafrechtlich relevantes Moment, es kehrt sich seine Handlung nicht nur gegen § 322₂, sondern, weil die Absicht, einen Menschen zu tödten, auch vorlag, auch gegen § 212 St.G. und es ist wegen vorhandener Idealconcurrenz (nicht Gesetzesconcurrenz) die Strafe gemäß § 73 St.G. nach § 322₂ St.G. zu bemessen,

Zu dem gleichen Resultate kommen wir, wenn bei Beurtheilung der früher erwähnten Handlung vom § 212 St.G. ausgegangen wird. Der Thatbestand des § 212 gehört zu den Erfolgsverbrechen. Für die Erfolgsverbrechen ist characteristisch, daß das Gesetz durch Statuirung dieser Thatbestände einen bestimmten Erfolg hintanhalten will; nun sind Mittel und Wege, die zur Verwirklichung dieser Erfolge führen, so zahlreich, daß keine Gesetzgebung der Welt es je vermöchte, durch eine erschöpfende Aufzählung der Mittel, die einen solchen Erfolg herbeiführen könnten und Verbot, sie zu gebrauchen, diese Erfolge zu hindern. Die Gesetzgebung kann in solchem Falle das Verbot nicht anders präcisiren, als durch Bezeichnung des Erfolges, dessen Verwirklichung vermieden werden soll; die Gesetzgebung verbietet in § 212 zu tödten, d. h. sie verbietet alle Handlungen, die den Tod eines Menschen herbeiführen könnten. Der § 212 St.G. begreift jedoch unter den Tödtungshandlungen jene nicht, die zufolge ihrer besonderen Beschaffenheit schon als solche unter Strafe gestellt ist. Wird die durch eine gemeingefährliche Handlung herbeigeführte Tödtung eines Menschen lediglich dem § 212 St.G. subsumirt, dann bleibt abermals ein strafrechtlich relevanter durch das Urtheil nicht erfaßter Ueberschuß übrig.

Gegen unsere Anschauung wird allerdings eingewendet (neuerdings wieder von Heinemann), daß sie zum Nachtheile des Thäters ein strafrechtlich relevantes Moment zwei Male in Anrechnung bringe — im oben erwähnten Beispiel werde der Tod eines Menschen dem Thäter einmal zur Last gelegt als Thatbestandsmerkmal des § 322₂, das andere Mal als Thatbestandsmerkmal des § 212. Diese doppelte Anrechnung ist aber dadurch

Digitized by Google

bedingt, daß ein strafrechtlich relevantes Geschehen zweien Gesetzesbestimmungen zuwiderläuft, die sich hinsichtlich ihres Umfanges zu einander verhalten wie zwei einander schneidende Kreise; die Würdigung der That nach allen ihren rechtlich relevanten Seiten ist nur möglich, wenn die That als eine beiden Gesetzesbestimmungen zuwiderlaufende bezeichnet wird. Eine Unbilligkeit oder gar Härte gegen den Thäter kann in dieser Anschauung nicht erblickt werden — der Thäter, der in vorerwähntem Beispiele nach § 322 bestraft würde, wenn die Zerstörung eines Schiffahrtszeichens den Tod eines Menschen zur Folge gehabt hätte, kann über Ungerechtigkeit nicht klagen, wenn er gemäß § 73 St.G. nach derselben Gesetzesstelle dann behandelt wird, wenn er diesen Tod beabsichtigt hat. Für das Werthurtheil, das über die Handlung eines Thäters im Strafurtheile zum Ausdruck kommt, ist es dagegen nicht gleichgiltig, ob der Tod beabsichtigt war oder nicht; das Werthurtheil aber findet seinen juristischen Ausdruck durch Subsumption der That unter die Gesetzesbestimmungen, denen sie mit Bedacht auf alle ihre strafrechtlich relevanten Seiten zuwiderläuft [1]).

VI.

Bei Erörterung der Frage über den Versuch der durch eine Folge qualificirten Delicte geht Thomsen aus von der Behandlung des zufällig und fahrlässig qualificirten Delictes und kommt zu dem Resultate, daß es zu dem zufällig und fahrlässig qualificirten Delicte keinen Versuch gibt, weil immer der zu jedem strafbaren Versuch erforderliche Entschluß, ein Verbrechen oder Vergehen zu verüben und dessen Bethätigung durch Handlungen, welche einen Anfang der Ausführung enthalten, fehlen muß.

---

[1] Die Subsumption der That unter die §§ 211 und 322 Abs. 1 vermeidet das von Heinemann getadelte Moment, sie wird aber wieder dem Umstande nicht gerecht, der vom Standpunkte des deutschen R.St.G. strafrechtlich von großer Tragweite ist, daß der eingetretene Tod durch eine gemeingefährliche Handlung bewirkt wurde.

Digitized by Google

Thomsen gibt allerdings die Möglichkeit des Falles zu, daß aus einem Versuche des dolosen Grunddelictes zufällig oder in zur culpa des Thäters zurechenbarer Weise der qualificirende Erfolg entsteht, er hält jedoch in diesem Falle das vollendete qualificirte Delict gegeben. Versetzt der A die B in bewußtlosen Zustand, um sie zu außerehelichem Beischlaf zu mißbrauchen — so liegt, wenn er an der Ausübung des Beischlafes verhindert wird, die B aber aus ihrer Bewußtlosigkeit nicht mehr erwacht, Vollendung des Verbrechens nach § 178 St.G. vor. Zur Begründung dieser Anschauung (als deren Vertreter noch zu nennen sind: Hälschner II, S. 231, Schwarze § 178 Nr. 3, Rubo § 173 Nr. 2) beruft sich Thomsen auf § 4 des Rinderpestgesetzes und § 123 Nahrungsmittelgesetzes. Die Berufung auf diese beiden Gesetzesbestimmungen kommt gleich dem zweiten Argumente, mit dem Thomsen seine Anschauung zu stützen sucht, der Behauptung, daß das Gesetz unter „Handlung" sowohl das vollendete als das versuchte Grunddelict versteht, denn nur, wenn Letzteres richtig ist, kann man mit Thomsen schließen, daß es für die Qualificationsfälle der cit. §§ 4 bezw. 12 genügt, wenn das Grunddelict „versucht" ist.

Gegen die u. E. richtige Anschauung, daß Versuch des qualificirten Delictes zuzurechnen ist, wenn aus strafbarem Versuch des Grunddelictes zufällig die qualificirende Folge eingetreten ist, wendet Thomsen ein, daß in solchem Falle nicht Versuch des qualificirten Delictes, sondern qualificirter Versuch des einfachen Delictes gegeben ist und hebt hervor, daß der „herrschenden Meinung die Berechtigung fehle, diesen seinem Wesen nach 'qualificirten Versuch des einfachen Delicts' mit der Strafe des 'Versuchs des qualificirten Delicts' zu belegen." Wir finden die Berechtigung der herrschenden Meinung so vorzugehen, in dem Umstande, daß dort, wo der qualificirende Erfolg lediglich objective Bedingung erhöhter Strafbarkeit ist, der Versuch des qualificirten Delictes einfach dem qualificirten Versuch des einfachen Delictes gleich ist. Eine Analyse zeigt, daß beide in ihren Thatbestandsmerkmalen völlig übereinstimmen.

Digitized by Google

Wie es scheint, spricht auch der zweite Einwand, den Thomsen (S. 69) gegen die obenerwähnte Anschauung erhebt, nicht gegen dieselbe. Thomsen schließt aus der Bestimmung des § 43 2 St.G., laut welcher der Versuch eines Vergehens nur in den Fällen strafbar ist, in welchen das Gesetz ausdrücklich bestimmt, daß der Versuch bei allen denjenigen qualificirten Delicten straflos bleiben müßte, bei welchen der Versuch des einfachen Delictes nicht strafbar ist. Dem gegenüber genügt es darauf hinzuweisen, daß ja bei dem Versuche der zufällig qualificirten Delicte Versuche von strafbaren Handlungen in Rede sind, die der Gesetzgeber schon mit Rücksicht auf einen zufällig eintretenden Erfolg in die Categorie strenger strafbarer Handlungen eingereiht hat. Uns scheint folgende Argumentation dem Gesetze mehr zu entsprechen: erhöht der thatsächliche Eintritt einer schweren Folge die Strafe des vollendeten Grunddelicts so sehr, daß dieses aus einem Vergehen ein Verbrechen wird, bezw. ein mit strengerer Strafe bedrohtes Verbrechen, dann soll der Eintritt der schweren Folge in entsprechender Weise den Versuch des Grunddelictes strafbarer machen — als die Anschauung, die im Falle des versuchten Grunddelictes dem Thäter dessen Vollendung zurechnet.

Wir theilen weiter auch nicht die Anschauung Thomsen's (S. 72), als ob es eine Consequenz der oben erwähnten allgemeinen Anschauung wäre, daß der Thäter einer durch einen Erfolg qualificirten strafbaren Handlung im Falle des Rücktrittes vom Versuche selbst dann straflos bleiben müßte, wenn aus der Versuchshandlung der qualificirende Erfolg eingetreten ist. Thomsen knüpft an folgendes Beispiel an: „A hat die B in einen bewußtlosen Zustand versetzt, um sie zum außerehelichem Beischlaf zu mißbrauchen; mitten in dieser aus zwei Akten (Versetzung in den bewußtlosen Zustand und Vollbringung des außerehelichen Beischlafes) bestehenden Handlung, tritt er freiwillig zurück, nämlich er übt den Beischlaf nicht aus, die B kommt aber aus dem bewußtlosen Zustande nicht wieder zu sich . . . . . Der Versuch

Digitized by Google

des einfachen Delictes ist allerdings wegen des freiwilligen Rücktrittes straflos, der Thäter wird aber wegen vollendeten qualificirten Delictes bestraft. Zu der Zeit, als der Rücktritt erfolgte, war nämlich die Ursache zu der qualificirenden Folge schon gesetzt, für das qualificirte Delict war also die Thätigkeit schon beendigt und der Thäter konnte daher gar nicht mehr zurücktreten. Der Umstand, daß er mit Bezug auf das einfache Delict späterhin freiwillig zurücktrat, ist für uns gleichgiltig" — „nach der herrschenden Meinung muß der Thäter straflos bleiben .... Der Versuch des einfachen Delictes ist nach § 46 straflos geworden und da der Eintritt der Folgen nur straferhöhend, nicht strafschaffend, wirkt, so kann er nachträglich durch letzteren seine Strafbarkeit nicht wiedererhalten." In Anmerkung 22 wird beigefügt „höchstens kann hier, wenn Fahrlässigkeit in Bezug auf den Tod vorliegt, wegen fahrlässiger Tödtung nach § 222 gestraft werden." Thomsen übersieht hier, daß der Nothzuchtsfall des § 177 al. 1 Schlußsatz ein zusammengesetztes Verbrechen ist, als Theile desselben erscheinen das Vergehen nach § 239 Abs. 1 und das Verbrechen nach § 176 Abs. 2; tritt der Thäter im erwähnten Beispiel von der Verübung des Beischlafes freiwillig zurück, so wird er in dieser Hinsicht straflos — es bliebe aber noch immer die strafbare Handlung aus § 239 St.G., die u. E., weil sie den Tod der an der Freiheit Beraubten zur Folge hatte, nach § 239 Abs. 3 strafbar wäre.

Endlich scheint uns auch der Einwand unzutreffend, den Thomsen gegen die u. E. richtige Anschauung für jenen Fall ableitet, daß der Thäter im Sinne des § 46[2] St.G. den Eintritt des zur Vollendung einer strafbaren Handlung gehörigen Erfolges abgewendet hat. Thomsen denkt den Fall so, „daß durch thätige Reue nur der Erfolg des einfachen Delictes, nicht der qualificirende Erfolg abgewandt wird"; z. B. „A will eine Ueberschwemmung herbeiführen, obwohl er weiß, daß dieselbe mit gemeiner Gefahr für Menschenleben verbunden sein wird. Er zieht

Digitized by Google

zu diesem Zwecke eine Schleuse auf und entfernt sich. Nach einigen Schritten ergreift ihn Reue, er kehrt zurück und schließt die Schleuse wieder, ehe eine Ueberschwemmung eingetreten und ehe seine Handlung entdeckt ist; das Unglück will aber, daß zufällig ein Mensch, welcher unterhalb der Schleuse badet, durch das plötzliche Steigen des Wassers ertrinkt".

Nach der herrschenden Theorie — so meint Thomsen — müßte die beschriebene Handlung straflos bleiben. Dem ist zu entgegnen, daß die Handlung nach Lage des Falles noch den Thatbestand des § 321 St.G. oder den Thatbestand der fahrlässigen Tödtung bilden kann; sind die Voraussetzungen zur Zurechnung dieser strafbaren Handlungen nicht gegeben, dann wäre u. E. der Thäter straflos zu lassen. Wir glauben kaum, daß diese Lösung der Frage „mit dem Gerechtigkeitsgefühl weniger in Uebereinstimmung wäre" als das Resultat zu dem man nach Thomsen's Anschauung gelangt, „daß A des perfecten qualificirten Delicts aus § 312 schuldig ist". Derjenige, dem die oben erwähnte Consequenz nicht entspricht, dürfte nicht übersehen, daß sie sich nicht ergiebt aus der herrschenden Anschauung über das „qualificirte Delict", sondern aus der Vagheit des Begriffes „Ueberschwemmung" in § 312 St.G.

In § 5 S. 75 ff. behandelt Thomsen den Versuch des vorsätzlich qualificirten Delictes. Beim Versuch der vorsätzlich qualificirten Delicte sollen nun immer drei Versuche concurriren; Thomsen erörtert dies an folgendem Beispiel: „A will den B tödten. Da letzterer des Nachts über eine bestimmte Brücke fahren muß, so beschließt der Mörder auf diese Weise seine That auszuführen, daß er die Brücke zerstört und zwar trotzdem er weiß, daß auch andere Menschen als der B dadurch gefährdet werden. Er beginnt nun das Loslösen verschiedener Schrauben und Klammern ohne jedoch dadurch die Brücke zu beschädigen, wird aber hierbei ergriffen . . . es ergiebt sich, daß folgende drei Versuche vorliegen: erstens der des einfachen Delictes, Brückenbeschädigung,

Digitized by Google

zweitens der des vorsätzlich qualificirten Delictes, Brückenbeschädigung mit absichtlicher Verursachung des Todes § 321 2; drittens der des Mordes bezw. Todtschlages § 211 ff." Die Versuche des einfachen und qualificirten Delictes sollen in Gesetzesconcurrenz stehen, im Uebrigen soll Idealconcurrenz vorliegen. — Wir glaubten dieses Beispiel hervorheben zu sollen, weil es scheint, daß vom Standpunkte der Anschauung Thomsen's die juristische Beurtheilung des Falles zu abweichendem Resultate kommen muß. Ist der § 321 Abs. 2 (mit Thomsen) dahin aufzufassen, daß er die absichtliche Herbeiführung des Todes eines Menschen mit umfaßt — enthält (mit anderen Worten) der § 321 2 den Thatbestand des durch ein Brückenbeschädigung bewirkten Mordes in ähnlicher Weise wie dies Thomsen z. B. bezüglich des § 324 annimmt („der in § 324 bedrohte Mord vermittelst Brunnenvergiftung") dann scheint uns im oben erwähnten Beispiel nur Gesetzesconcurrenz des § 211 mit § 321 2 gegeben und die Anwendung der specielleren Bestimmung des § 321 2 geboten.

Während Thomsen mit der herrschenden Anschauung Versuch des (vorsätzlich) qualificirten Delictes dort annimmt, wo die Voraussetzungen des § 43 mit Bezug auf dasselbe vorliegen — entfernt er sich von derselben mit der Behauptung, daß Vollendung des qualificirten Delictes dort zuzurechnen sei, wenn aus dem Versuch des Grunddelictes der qualificirende Erfolg eintritt. Thomsen faßt auf S. 85 seine diesbezügliche Anschauung in den Satz zusammen: „Der Versuch des einfachen Delictes mit Eintritt der qualificirenden Folge stellt, einerlei, ob die qualificirende Folge zufällig bezw. fahrlässig („unechter Versuch") oder ob sie vorsätzlich verursacht ist, die Vollendung des (zufälligen, fahrlässigen oder vorsätzlichen) qualificirten Delictes dar."

Eine Stellungnahme zu dieser Anschauung sowie zu den auch mit Bezug auf das vorsätzlich qualificirte Delict besprochenen Fällen des freiwilligen Rücktrittes und der thätigen Reue scheint nicht geboten, da sie sich aus dem von uns früher Ausgeführten leicht ergiebt.

Digitized by Google

Im besonderen Theile S. 97 ff. untersucht Thomsen an allen durch eine Folge qualificirten Delicten, „ob und wie weit die im allgemeinen Theil gewonnenen Regeln für jedes Delict passen". Die bisherige Literatur ist bei den einzelnen Paragraphen erschöpfend verarbeitet.

Die Bedenken, die gegen die Anschauungen Thomsen's von uns geäußert wurden, ergeben, daß wir mit dem oben erwähnten Resultate, zu welchem Thomsen gelangt, nicht übereinstimmen, gleichwohl glauben wir sagen zu können, daß die Beantwortung der Frage über den Versuch der durch eine Folge qualificirten Delicte durch die fleißige und gründliche Untersuchung Thomsen's gefördert wurde.

Prag. Finger.

2. Dr. Anton Heß, Rechtsanwalt zu Hamburg. Ueber Kausalzusammenhang und unkörperliche Denksubstrate. Erstes Heft. I. Ursache und Bedingung. II. Verursachung durch Unterlassung. Hamburg, Verlag von Otto Meister, 1895.

I. Ursache und Bedingung.

Der Verfasser unterscheidet [1]) Ursache und Bedingung eines Erfolges von einander, da jene zwar stets auch diese, diese aber nicht immer jene sei. Es sei ein objectiver Unterschied zwischen beiden anzunehmen, aber dieser bestehe nur in dem objectiv verschiedenen Verhältniß beider zu dem zuschauenden Subject. Das Verhältniß sei verschieden zu bestimmen, je nach dem Verhältniß der Ursache zu den ihr zeitlich voraufgehenden und zu den ihr zeitlich nachfolgenden Bedingungen; von den ersteren unterscheide sie sich durch ihre intensivere subjective Wirkung, d. h. objectivere Wirkung auf das zuschauende Subject, von der letzteren durch ihre verschiedene Stellung zum Urtheil des zuschauenden Subjects; die Ursache sichere den Erfolg unter der Voraussetzung

[1]) Mit v. Bar, Birkmeyer u. A.

Digitized by Google

der nachfolgenden unabänderbaren Bedingungen; die Bedingung lasse ihn nur als möglich erscheinen. Die Ursache sei also die letzte abänderbare d. h. wegdenkbare Bedingung. Diese Definition erläutert der Verfasser noch ausdrücklich dahin, daß die Ursache auch nur subjectiv, d. h. in der subjectiven Reihenfolge des Denkens die letzte Bedingung sei.

Die der Ursache nachfolgenden Bedingungen seien subjectiv, also gedacht, unabänderbare Bedingungen, subjectiv als feststehend gedachte Voraussetzungen für den Erfolg.

Aus dem subjectiven Charakter der Ursache folge nun weiter, daß dem Einen das als Ursache erscheinen könne und werde, was dem Anderen als solche nicht erscheine, nach Zweck der Untersuchung und Beruf auch nicht erscheinen könne. Denn wenn es auch nur einen allgemein gültigen Ursachenbegriff der subjectiv letzten abänderbaren Bedingung gebe, so sei doch für die Anschauungsweise der Einen Wissenschaft (z. B. der Medizin) das Ursache, was für die der Anderen (z. B. der Jurisprudenz) nicht als solche erscheine.

Für den Juristen speciell erscheine als Ursache nur

eine menschliche Handlung,

die die letzte abänderbare Bedingung des Erfolges sei, und zwar abänderbar

für einen für den jeweiligen Vergeltungszweck des Fragenden in Betracht kommenden Menschen.

Die Handlung sei Ursache des Erfolges dann, wenn dieser ihr unter Hinzutritt unabänderbarer Bedingungen folgen mußte. Abänderbar, unabänderbar bedeute hier aber: für einen freien Menschen anders möglich resp. nicht anders möglich.

Als unabänderbar scheiden deshalb aus dem Kreise der den Juristen interessirenden Ereignisse aus

a) Naturereignisse,

b) Thaten von Thieren,

c) Thaten von Unzurechnungsfähigen und Strafunmündigen,

d) Handlungen von Menschen, die hier im zurechnungs-

Digitized by Google

fähigen, aber unfreien Zustand, d. h. genöthigt gehandelt haben (Nothwehr, Nothstand),

e) Handlungen von Menschen, die nicht anders handeln konnten, sei es, daß

a) ihr Wollen, oder

b) ihre Vorstellung von der Causalität der Handlung

unfrei waren.

Zu dem Punkt e bemerkt der Verfasser weiter, das Urtheil, daß Jemand habe anders handeln können, werde nicht aus der Handlung selbst oder einem sonstigen objectiven Ereigniß, sondern aus dem Gerechtigkeitsgefühl, also aus einer spontan sprudelnden, rein subjectiven Quelle geschöpft, die bei der ihrer Entscheidung vorangehenden Erwägung nicht beschränkt auf die Betrachtung des ihr unmittelbar zur Beurtheilung gegebenen objectiven Ereignisses, sondern frei umherblickend, namentlich unter Berücksichtigung der Consequenzen ihrer Resultate und unter Vergleichung dieser Consequenzen hinsichtlich ihres Werthes ihre Wahl treffe. Hierdurch ergebe sich der Satz: Du konntest anders handeln = Du mußtest anders handeln. Es müsse somit einen Erfolg verschulden und einen Erfolg verursachen dasselbe sein. Das in objectiver Form auftretende Prädikat „abänderbar" sei also in Wahrheit nur das Substrat eines Urtheils, das seine Gründe im Rechtsgefühl habe.

Hieraus folge,

daß der wahre Ursprung unseres Urtheils über die Ursachenqualität einer Handlung in der Spontaneität unseres ethischen Geschmackes liege und daß dadurch das Urtheil eine Freiheit bekomme, wie sie schöner ein Richter sich nicht wünschen könne. „Denn sein guter Geschmack, seine gesammte Geistes„richtung, sein Charakter, vielleicht seine politische Anschau„ung sind es, die dann in Wahrheit die Handlung zur Ursache „stempeln."

Das gelte auch bei Aufstellung allgemeiner Rechtssätze.

Digitized by Google

Verursacht habe also der, dessen „Zurverantwortungziehung" dem empörten Rechtsgefühl mehr gefällt, als die eines Anderen.

Das Müssen, die Pflicht existire nur um der Möglichkeit eines Causalitätsurtheils willen, und erst wenn feststehe, ob es ethisch gerechtfertigt sei, Jemandem einen Erfolg zuzuschreiben, könne gesagt werden, ob Jemand hätte anders handeln können, handeln müssen.

Das Prädikat abänderbar sei aber endlich nicht nur Inhalt eines durch ethische Motive, sondern auch durch den jeweiligen Vergeltungszweck bestimmten Urtheils, Ursache sei demnach die letzte für einen für den jeweiligen Vergeltungszweck der nach der Ursache fragenden Juristen in Betracht kommenden Menschen abänderbare Bedingung.

Bei den Preßdelicten gelte zwar auch das Vorhergesagte, doch sei dabei zu berücksichtigen, daß der Verfasser als Verursacher erscheine, nicht der mit Kenntniß des Inhalts Verbreitende, wenn dieser auch die letzte abänderbare Bedingung gesetzt habe. Denn nur der Verfasser habe die dem Erfolg gleichartige letzte abänderbare Bedingung derselben gesetzt. Die Beurtheiler nehmen hier einen anderen Standpunkt ein, als bei der Beurtheilung einer Causalreihe in der physischen Welt, der Verfasser müsse ihm als derjenige erscheinen, der zuletzt den geistigen Inhalt vor dessen „Zurkenntnißbringung" habe ändern müssen.

In dem Vorstehenden sind die wesentlichen Sätze der Ausführungen des Verfassers enthalten, ich habe sie so eingehend darstellen müssen, weil sonst ihre Besprechung für den Leser nur schwer verständlich geworden sein würde.

Diese neue Theorie des Verfassers mischt Wahres und Falsches durcheinander, er bringt manches, was auf den ersten Blick blendet, besticht, bei genauerer Betrachtung ergibt sich aber, daß die ganze Lehre in sich zusammenfallen muß. Die besondere Bedeutung, welche der Theorie beizumessen ist und um derentwillen sie eine eingehendere Besprechung und Widerlegung verdient, liegt jedoch

Digitized by Google

in der Gefahr, die sie für die gesammte Rechtspflege in sich birgt, die Gefahr der schrankenlosen Willkür, die sie als Recht vertheidigt.

Niemand ist wohl mehr wie ich davon überzeugt, daß unsere Rechtshandhabung in ihrer Anwendung auf den concreten Fall häufig nicht mehr erreichen kann, als subjectiv Recht schaffen, d. h. Recht schaffen wollen, und daß es vielfach nur ein Geschenk des Zufalls ist, wenn das Wollen eine That wird, aber wir würden uns selbst den Weg versperren, der zu dem zu erstrebenden Ziele hinführt, wenn wir die Grundlage für unsere Thätigkeit, die Entscheidung über die strafrechtlich relevante Ursache eines Erfolges dem dunkelen Drange eines jeden Richters frei geben wollten. Dahin führt aber im Resultat die Theorie des Verfassers.

Schon der erste Satz, daß die Bedingung eines Erfolges nicht immer auch seine Ursache sei, ist, so oft er in dieser und in ähnlicher Fassung, auch von Anderen [1]) schon ausgesprochen wurde, unhaltbar.

In dem ewigen und unendlichen Lauf der Dinge können wir nur Ursachen und Wirkungen unterscheiden. Jedes Ereigniß stellt einen Erfolg dar, der seinerseits wieder als Ursache eines anderen Erfolges erscheint. Regelmäßig werden zu einem Erfolg mehrere Ursachen nebeneinander zusammenwirken. Keine Ursache aber kann, soweit wir uns im Rahmen irdischer Ereignisse bewegen, Anspruch darauf erheben, die Ursache Καθ' ἐξοχην zu sein. Sie sind alle, im Verhältniß zu einander insofern gleichwerthig, als sie zusammen eine Wirkung hervorgebracht, die beim Fehlen einer von ihnen nicht eingetreten sein würde, ein Glied in der Kette der Ereignisse geschaffen haben. Für Bedingungen, die keine Ursachen wären, ist dabei kein Raum. Man muß aber beachten, daß man unter Ursache und Wirkung, von der Ursache ausgehend, die unmittel-

[1]) Z. B. Birkmeyer, Gerichtssaal 37, 257 ff. v. Bar in Grünhut's Zeitschrift 4, 49 ff; Kohler, Studien aus dem Strafrecht I 83 ff. u. A.

Digitized by Google

bare Wirkung, von der Wirkung ausgehend, die unmittelbar nächste zurückliegende Ursache zu verstehen hat; man darf zunächst nicht springen, wie es vielfach geschehen ist, und wie es auch H. thut. Haben wir aber im einzelnen Fall das Stück einer Kette von Ursachen und Wirkungen festgestellt, die derart sich gliedert, daß wir von einem jeden Ereigniß darin nach rückwärts die unmittelbar nächste Ursache und von demselben als Ursache ausgehend, nach vorwärts die nächste Wirkung kennen, dann können wir im weiteren Sinne das erste Ereigniß der Kette auch als Ursache des letzten ansprechen. Aber in der Kette[1]) ist stets das erste Ereigniß ebenso wie das letzte mehr oder weniger willkürlich gegriffen; weiter vorwärts folgen und werden folgen in unendlicher Reihe auf die willkürlich gewählte Endwirkung, von ihr wieder als der Ursache ausgehend, andere Glieder als Wirkung und Ursache und weit hinter der willkürlich herausgegriffenen Ursache liegen in ebenso unendlicher Reihe und Ferne Ursachen, denen gegenüber die willkürlich herausgegriffene Ursache wieder nur als Wirkung erscheint.

Ursache ist dasjenige Ereigniß, aus dessen Vorhandensein (im Zusammentreffen mit anderen) ein anderes Ereigniß (als Wirkung, Erfolg) unmittelbar (ohne Zwischenglieder) hervorgegangen ist, dergestalt, daß die Annahme gerechtfertigt ist, daß bei dem Fehlen des Ersteren auch das Letztere nicht eingetreten wäre. Wenn man vielfach hier den Gedanken verwerthet hat, daß die Wirkung zu der Ursache in dem Verhältniß stehe, daß die Erstere aus der Letzteren mit Nothwendigkeit hervorgegangen, die Erstere die Letzteren mit Nothwendigkeit gefolgt sein müsse[2]), so wird damit etwas Ueberflüssiges in die Begriffsbestimmung hineingetragen. Wenn zwei Ereignisse so aufeinander gefolgt sind, wie es eben für Ursache und Wirkung auseinandergesetzt ist, so schließen wir aus dem Erfahrungssatz, das Etwas nur so geschehen kann, wie es geschehen mußte, daß die beiden Ereignisse einander mit

[1]) Causalreihe, Kant.

[2]) Wie auch Liszt, Lehrbuch meint.

Digitized by Google

Nothwendigkeit folgen mußten, einer besonderen Hervorhebung dieses Naturgesetzes bedarf es aber nicht, da damit nur etwas Selbstverständliches gesagt würde.

Dagegen muß nothwendig die Begriffsbestimmung der Ursache mit der obengemachten Einschränkung, als regelmäßig nur Mitursache, verstanden werden. Der Sprachgebrauch hat sich gewöhnt, was oben als Ursache im weiteren Sinn bezeichnet wurde, speciell als Ursache zu bezeichnen; so handelt auch H., und bei ihm sind sowohl die hinter dieser entfernteren Ursache, als auch die neben dieser und zwischen ihr und der Wirkung, um die es sich im einzelnen Falle handelt, liegenden wirkenden Ereignisse die Bedingungen; die Letzteren und die nebenwirkenden Ursachen sind seine unabänderbaren Bedingungen, „die der nach der Ursache Fragende als gegeben setzt". Aber wir haben gesehen, daß es sich nicht um Bedingungen handelt, die etwas verschiedenes von der Ursache sind, etwas geringer werthiges, geringer in der Kraft als jene, sondern daß auch diese Bedingungen Ursachen sind[1]) im Verhältniß zu den folgenden Wirkungen, Wirkungen wieder im Verhältniß zu einer voraufgegangenen Ursache und daß diese entferntere Ursache nur ein, wie oben gesagt wurde, mehr oder weniger willkürlich aus der Kette herausgegriffenes Glied ist, dem irgend eine bevorzugte Stellung an sich im Lauf der Dinge nicht zukommt.

Wenn wir Ursachen und Wirkungen an einem Einzelfall betrachten wollen, dann müssen wir stets ein Stück der Kette willkürlich herausgreifen, weil Niemand im Stande ist, die Kette bis an ihre letzten Anfänge zu verfolgen, Niemand das Ende zu bestimmen; auch die letzte Wirkung, die unser leibliches Auge erschaut, unser Geist zu erkennen vermag, stellt ja wieder nichts anderes, als nur ein Glied der ewig fortschreitenden Folge von Ursachen und Wirkungen dar.

---

[1]) Hälschner, Berner, Liszt, Buri u. A.

Digitized by Google

Trotz alledem hat aber das Festlegen der entfernteren Ursache als Ursache irgend eines Ereignisses in einem gewissen Sinne doch seine Berechtigung. Eine entferntere Ursache des Erfolges erscheint nämlich als die Ursache je nach den Zwecken des Beschauers oder nach den Grenzen, die dem menschlichen Forschen gezogen sind. Nehmen wir ein Beispiel: der Mediciner, der eine Leiche secirt, will sich nicht begnügen mit der Ermittelung, daß eine Gehirnentzündung die Todesursache gewesen sei, er forscht weiter und findet, daß die Gehirnentzündung von einem Bluterguß, dieser von einer Schädelverletzung, diese von der Einwirkung eines Falles oder eines Schlages mit einem stumpfen Instrument verursacht ist. Damit ist er an das Ende seiner Untersuchung gekommen, er weiß nun, daß der Mensch an den Folgen des Schlages gestorben ist, der Schlag ist für ihn die (entferntere) Ursache des Todes[1]). Weiter zurück interessirt ihn der Fall nicht. Der Criminalist kann sich dabei nicht beruhigen, er findet, daß der X (durch den Schlag) den Tod verursacht hat, ihm ist also die Handlung des X die Ursache des Todes des Y.

Aus diesen Beispielen ist zugleich ersichtlich, wie es gekommen, und wie unrichtig es ist, wenn man von verschiedenen Ursachenbegriffen in der Medicin, der Rechtswissenschaft und der Philosophie gesprochen hat[2]). Der Ursachenbegriff ist der gleiche, nur die Zwecke der Untersuchung sind verschiedene und verschieden deßhalb auch der Punkt, bei dem die verschiedenen Forschenden Halt machen, weil sie die für ihre Zwecke brauchbare entferntere Ursache gefunden haben.

---

[1]) Ueber die mitverursachenden Momente (die Körperbeschaffenheit des Getroffenen, diese des Schädels ꝛc.) und ihr Verhältniß zur entfernteren Ursache siehe weiter unten.

[2]) Birkmeyer, Gerichtssaal 37, § 261. — Ich weiß sehr wohl, daß der Mediziner, wenn er den Causalzusammenhang ganz genau im Einzelnen eruiren will, noch Zwischenglieder aufstellen kann; für die Zwecke unserer Untersuchung genügte die Darstellung im Text.

Digitized by Google

Daß H. den Unterſchied von Urſache und Bedingung auf das ſubjective Gebiet verlegt hat, macht ſeine Theorie nicht einwandsfreier, als die aller denjenigen, die den Unterſchied als einen rein objectiven dargeſtellt haben[1]). Denn die Fehler der Letzteren nimmt er mit auf, nur noch vermehrt durch die mit der ſubjectiven Geſtaltung der Unterſcheidung nothwendig verbundene Unbeſtimmbarkeit des Urſachenbegriffs für den concreten Fall, durch welche die Theorie auch für das Leben ganz unbrauchbar wird.

Die Behauptung, daß die Urſache auf das zuſchauende Subject eine ſtärkere Wirkung ausübe, als die Bedingung, beruht auf einem Denkfehler, der bei H. weſentlich ſeinen Grund in der fortwährenden Vermiſchung von Cauſalität und Verantwortlichkeit hat. Wenn er ſagt, der Großvater des Mörders habe gewiß eine Bedingung zu dem von ſeinem Enkel begangenen Morde geſetzt, durch die Zeugung des Sohnes[2]), der ſeinerſeits wieder den Thäter gezeugt hat, „aber wir ſprechen doch nicht davon, daß der Großvater den Mord verurſacht habe", ſo zeigt ſich deutlich, daß H. ſich von der Vorſtellung der Verantwortlichkeit in der Cauſalität nicht trennen kann. Verantwortlich iſt der Großvater als ſolcher an dem Mord des Enkels im Sinne ſtrafrechtlicher Verſchuldung gewiß nicht, aber in die Cauſalreihe, die von dem Mord rückwärts führt, gehört auch der Zeugungsakt des Großvaters unzweifelhaft mit hinein. Cauſalität und Verſchuldung ſind aber, das kann nicht lebhaft genug betont werden, ſtreng von einander getrennt zu halten.

Wenn man z. B. andererſeits geſagt hat[3]), das Säen erſcheine als die einzige Urſache der Frucht, alles andere nur als Werdensbedingung, ſo wird dabei vergeſſen, daß das Säen auf

---

[1]) Wie z. B. Birkmeyer.

[2]) Heß ſpricht allerdings (S. 3) von der Zeugung des Enkels durch den Großvater!

[3]) Das Beiſpiel ſtammt von Kohler, Studien aus dem Strafrecht I, 83 ff.

Digitized by Google

Steine, oder in fruchtbare Erde, der aber Regen und Sonnenschein fehlt oder nur das Eine oder das Andere zu Theil wird, auch nicht für eine Frucht causal ist: die sog. Werdensbedingungen sind Ursachen, unentbehrliche Mitursachen, ohne die das Säen jeder Wirkung baar bleibt. Umgekehrt würde ein Sonnenanbeter, der in dem Sonnenschein die Ursache alles Lebens erblicken wollte und dem deshalb Sonne und Erdboden nur Werdensbedingungen sind, denselben Fehler machen.

Die ganze Construction von der größeren Wirkung der Ursache auf den Zuschauer ist ein Denkfehler; denn der richtig denkende Zuschauer muß alsbald herausfinden, daß er nicht Ursachen und Bedingungen erschaut, sondern mehrere Ursachen, die in ihrem nothwendigen und gleichwerthigen Zusammenwirken die Wirkung, den Erfolg herbeiführen.

Wie alle diejenigen, die in der Ursache eine besonders ausgezeichnete Bedingung sehen, so muß denn auch H. Schiffbruch leiden bei dem Operiren mit concurrirenden Ursachen. Eines seiner Beispiele wird das zeigen. Ein Arbeiter stürzte[1]) und erlitt einen Leistenbruch. Der sachverständige Arzt fand die Ursache des letzteren in der körperlichen Disposition des Arbeiters, da anderenfalls durch den Fall der Bruch nicht entstanden wäre. Das Gericht erklärte das Fallen des Arbeiters für causal. H. vertheidigt beide Entscheidungen, die des Arztes, weil der von seinem Standpunkte das Fallen als unabänderbare, dagegen die Körperdisposition als abänderbare Bedingung habe ansehen dürfen, die des Gerichtes, weil dieses gerade umgekehrt habe verfahren müssen. Die allein richtige Ansicht ergibt sich aus den diesseitigen Ausführungen leicht dahin, daß die Entscheidung des Gerichtes zutreffend ist und daß Dernburg (Pandekt. II § 45 Anm. 6) dem Arzt mit Recht Verkennung der Causalität vorwirft. Zu dieser Ansicht führen zwei Wege. Man kann sagen, nach dem Gutachten

[1]) Entscheidung des Reichsgerichts in Civilsachen VI S. 1.

Digitized by Google

des Sachverständigen muß angenommen werden, daß der Fall nur wegen der Körperdisposition den Bruch verursacht hat, daß aber auch ohne den Fall die Lücke in der Muskulatur der Bauchwand die körperlichen Veränderungen nicht verursacht haben würde, deren Folge der Bruch war; folglich haben beide Ursachen zusammengewirkt, der Fall war also jedenfalls eine Ursache für das erkennende Gericht, aus dem vorhandenen körperlichen Zustand waren weitere Folgerungen nicht zu ziehen. Man könnte hier aber auch mit dem körperlichen Zustand, wie er war, als dem gegebenen rechnen und wird dann in dem Fallen die alleinige Ursache des Bruches für diesen Körper finden. Beide Erwägungen führen zu der richtigen Entscheidung. Die letztere Erwägung dürfte der Einfachheit wegen hier den Vorzug verdienen denn Ursache und Wirkung können ja überhaupt nur an den concreten Verhältnissen bestimmt werden und die gegebenen Verhältnisse wirken in allen Fällen mit.

Nach dem Vorstehenden wird ebenfalls unschwer die andere Entscheidung von H. in ihrer ganzen Wunderlichkeit zu erkennen sein, die er in dem Fall, wo der Arbeitgeber fahrlässiger Weise den Arbeiter verletzt hat, so daß dieser verstorben ist, jedoch höchst wahrscheinlich nicht gestorben wäre, wenn er sich nicht beharrlich geweigert hätte, sich einer Operation zu unterwerfen, dahin abgibt, daß es darauf ankäme, ob man den Arbeiter für verpflichtet erachtete, sich operiren zu lassen oder nicht; nur im letzteren Fall liege fahrlässige Tödtung vor[1])!

Die Verwerthung des H.'schen Ursachenbegriffes für das Strafrecht wird noch besonders dadurch unbrauchbar, daß er, wie schon bemerkt, in die Causalität die Frage der Verschuldung

---

[1]) Entscheidung des Reichsgerichts in Strafsachen XXII S. 174. Zuzustimmen ist Heß, daß die Urtheilsgründe des Reichsgerichts „etwas mystisch" gefaßt sind: „volle Ursache, die den ganzen Erfolg umfaßt"? — Heß operirt hier auch mit der Unterlassung als Ursache. Siehe darüber weiter unten.

Digitized by Google

mit hineinbringt und deshalb Verschulden und Verursachen identificiren will. Beide Fragen gehen einander gar nichts an, jede wird nach selbständigen Grundsätzen zu beantworten sein. Erst, wenn ich ermittelt habe, daß ein Erfolg auf eine menschliche Handlung als Ursache zurückzuführen ist, interessirt die Frage der Verschuldung bei dieser Handlung[1]). Allerdings kann bei der Untersuchung der Verschuldung sich die Nothwendigkeit ergeben, von der als Ursache erkannten Handlung aus noch weiter zurückzugehen, da nun eine noch entferntere Ursache ebenfalls interessirt. Wenn z. B. als Ursache des Todes eines Menschen der Schlag durch ein Kind ermittelt ist und weiter, daß das Kind nicht aus eigener Initiative, sondern auf Antrieb eines Erwachsenen gehandelt hat, dann geht der Criminalist an der Kette der Ursachen und Wirkungen weiter zurück, bis auf diesen Erwachsenen, genauer gesagt, bis auf dessen für den Schlag des Kindes bestimmend gewesene Willensäußerung, als maßgebende Ursache. War der Schlagende eine zurechnungsfähige Person, aber von einem Anderen angestiftet, so müßten genau genommen Beide als Verursacher bestraft werden; die positive Vorschrift des deutschen Strafrechts bedroht aber nur den, der die Handlung begangen hat, als Thäter (Verursacher) mit Strafe, den Anstifter dagegen nicht als Verursacher, sondern nur als Theilnehmer[2]).

---

[1]) Um Mißverständnissen vorzubeugen: Die Verantwortlichkeit für einen Erfolg in der Causalreihe findet regelmäßig (Ausn. z. B. §§ 224, 307 StGB. u. a.) ihre Grenze durch die Entscheidung, ob der Thäter den Erfolg in seinen Vorsatz aufgenommen hat, oder hätte berücksichtigen müssen. Die scharfe Trennung von Causalität und Verschuldung bewahrt übrigens von selbst vor der Gefahr, die strafrechtliche Haftung bis in die fernsten Erscheinungen der Causalreihe wirken zu lassen.

[2]) Liszt, Lehrbuch VI. Aufl. S. 105 ist der Meinung, die „Hypothese der Willensfreiheit" habe im Strafrecht des Strafgesetzbuchs hier einen Durchbruch des Causalzusammenhangs veranlaßt. Consequent müsse der Anstifter als Verursacher, der Thäter als (strafloses) Werkzeug gelten. Letztere Consequenz ist aber auch vom Standpunkt des unfreien, durch Motive bestimmbaren Wollens nicht anzuerkennen; sind doch beide, Thäter

Digitized by Google

H. will aber auch dem Richter das Recht einräumen, nach seiner Individualität aus einer Causalreihe, welche zu dem Erfolg hingeführt hat, das sich als schuldhafte Ursache herauszugreifen, was seinem empörten Rechtsgefühl am strafwürdigsten scheint; der Richter kann sich also die Handlung, welche den Erfolg verursacht hat, als unabänderliche Bedingung denken, und in der Causalreihe weiter zurückgreifend, die Ursache auch in einem Akte finden, der strafrechtlich nicht responsabel erscheinen kann, weil er nicht auf den Erfolg gerichtet war.

Worauf die Ansicht von H. schließlich hinausläuft, mag an einem Beispiel gezeigt werden:

Ein Arbeitgeber entläßt einen Arbeiter, unberechtigt, weil er glaubt, daß dieser seine Mitarbeiter zum Streik aufwiegele. Der Entlassene begegnet vor der Thür dem Arbeitnehmer und schießt ihn nieder. Lassen wir über diesen Todtschlag nach H. einen Richter urtheilen, dessen politische Anschauung die des Arbeitnehmers ist, und „dessen politische Anschauung eine Handlung zur Ursache stempeln kann“ [1]). Da aus der Zahl der strafrechtlich relevanten Ursachen H. die Handlungen eines Menschen ausscheidet, der nicht anders handeln konnte, und da das nicht anders handeln können, nach dem Gerechtigkeitsgefühl, d. h. aus einer spontan sprudelnden, rein subjectiven Quelle in der Brust des Richters sich bestimmt, so darf der Richter ruhig die Schuld des Thäters und damit die Causalität seiner Handlung verneinen und zurückgreifen auf die Handlung des Arbeitgebers als alleinige schuldhafte Ursache, die dem richterlichen empörten Rechtsgefühl als solche erschien.

Hiermit hätten denn auch die vielen Geschworenensprüche,

---

wie auch Anstifter, in ihrem Willen durch Motive bestimmt, aber auch als zurechnungsfähig verantwortlich; denn A, dessen Wollen durch B bestimmt wurde, hat trotzdem ebenso verursacht wie B, der, selbst durch Motive bestimmt, den Willen des A bestimmt hat.

[1]) Heß S. 21.

Digitized by Google

welche die Schuld der Person, die den ungetreuen Geliebten getödtet, oder des einen Gatten, der den ungetreuen anderen Gatten erschossen, verneint haben, ungezwungen ihre Erklärung und Rechtfertigung gefunden.

In dem Fall, daß Mehrere an der Ausführung eines Verbrechens *theilnehmen*, nimmt H.[1]) Stellung gegen die Ansicht des Reichsgerichts, welches den Unterschied zwischen Mitthäterschaft und Beihülfe nur in der Gestaltung des Vorsatzes der handelnden Personen findet, — „denn die Ursache", die Handlung des Haupttäters, „wirke das sicherste Urtheil über den Eintritt des Erfolges".

Mit der Unhaltbarkeit der Unterscheidung zwischen Ursache und Bedingung fällt aber auch diese Gegnerschaft gegen das Reichsgericht. Stehen Ursache und Bedingung einander gleich, so hat auch derjenige, der bei der Ausführung der That nur eine Hülfshandlung angenommen, indem er eine Bedingung für das Gelingen setzte, mit den Anderen zusammen verursachend gewirkt, und *kann* als Mitthäter strafbar erscheinen.

Die Unterscheidung zwischen Mitthäterschaft und Beihülfe würde damit allerdings, bei der Ausführung der That, aus dem Gesichtspunkt der *Causalität* völlig wegfallen, nicht jedoch damit zugleich vom Standpunkte des Strafrechts. Der Gegensatz kann aber dann nur im Wollen der handelnden Personen zu finden sein, dergestalt, daß derjenige, der *nicht* mit dem Thätervorsatz handelt, sondern die fremde That nur unterstützen will, um deswillen nur als Gehilfe, der mit dem Thätervorsatz als Mitthäter erscheint. Man muß nun auch hier an den oben aufgestellten Satz denken, daß Causalität und Verschuldung scharf von einander getrennt zu betrachten sind. Bei gleicher Bedeutung nach den Gesetzen der Causalität erscheint doch im Strafrecht die Verschuldung je nach der Gestaltung des Vorsatzes verschieden[2]).

[1]) Mit *Birkmeyer* und *Liszt*.

[2]) Und da, wo es am Vorsatz überhaupt fehlt, und nur Fahrlässigkeit

Digitized by Google

II. Verursachung durch Unterlassung.

Diesen Theil der Ausführungen von H. muß ich, des Raumes wegen, kürzer erörtern. Consequent seiner Auffassung von der subjectiven Natur der Ursache, verlegt der Verfasser auch die Causalität der Unterlassung, welche er behauptet, in den Gedankenkreis eines als zuschauend gedachten Subjectes: Für dieses ist sie Substrat eines reellen Andersdenkens, nachdem es erkennen mußte, daß die erwartete Erfolgsverhinderung (Seitens des Unterlassenden) ausbleibt, also Substrat einer reellen subjectiven Veränderung, ein objectives Ereigniß; sie ist aber auch die in die Außenwelt verlegte Bedingung dieser uns als nothwendig bewußten subjectiven Veränderung, also ein reelles Ereigniß; sie ist Veränderung als Bedingung des uns als nothwendig bewußten successiven Aufeinanderfolgens zweier einander contradictorisch entgegengesetzter Urtheile; sie ist von Menschen ausgehend, weil wir ihren Schauplatz irgendwohin in der Objectivität verlegen müssen und es natürlich ist, ihn an den Schauplatz der unterlassenen Handlung zu verlegen. Weil das Hinwegdenken des ihr zu Grunde liegenden Denkens das Hinwegdenken des Erfolges zur Folge hätte, so ist sie Bedingung, und weil mit der ihr correspondirenden subjectiven Veränderung das sichere Urtheil über den Eintritt des Erfolges anhebt, so ist die Unterlassung endlich Ursache des Erfolges.

So H. Auch hier gilt aber dasselbe, was schon oben ausgeführt wurde. Wir wollen jedoch vorsorglich einmal einen Fall in dem Sinn von H. — durchdenken. Ein mit Pferden bespannter Wagen rast führerlos durch eine Straße, in deren Mitte ein Be-

---

in Frage steht, oder wo Schuldausschließungsgründe wirken, wird trotz gleicher Causalität doch nur wegen Fahrlässigkeit gestraft resp. freigesprochen. — Wenn z. B. Liszt, der selbst (Lehrbuch VI. Aufl. § 104 Anm. 4) vor der Hineinmengung der Frage nach der Verschuldung in die Causalität warnt, (daselbst § 194 Anm. 7) behauptet, aus der Gleichstellung von Ursache und Bedingung folge nothwendig, auch für das Strafrecht, die Gleichstellung von Mitthäterschaft und Beihilfe, so hat er hier selbst Causalität und Verschuldung miteinander vermischt.

Digitized by Google

trunkener liegt; in unmittelbarer Nähe befinden sich mehrere kräftige und pferdekundige Männer. Der denkende Zuschauer erwartet von den Letzteren, oder von den beiden zunächst stehenden Personen, daß sie, was im vorliegenden Fall ohne besondere Gefahr scheint, die schleifenden Zügel der Pferde greifen und den Wagen noch vor dem Betrunkenen zum Halten bringen. Der Zuschauende kann das erwarten, ohne die Frage der Verpflichtung erwägen zu müssen, denn Pflicht gibt es, nach H. (z. B. S. 53) nicht, sondern die subjectiv berechtigte Erwartung, daß Jemand etwas thut, ist der Grund der Verpflichtung. Die Männer rühren sich nicht und der Betrunkene wird überfahren und getödtet. Der Schauende hat auch bemerkt, daß seine Erwartung eine irrige war, er ändert nun, in Folge des Nichtsthuns der Umstehenden sein Denken und denkt nunmehr dem Erfolg conform. Da aber (H. S. 87) die Ursache nur in der Wirkung auf das zuschauende Subject besteht, so war also die Unterlassung der Männer causal für den Erfolg, denn sie hat die Veränderung im Denken und das sichere Denken über den eingetretenen Erfolg hervorgerufen.

Das Beispiel, das ganz genau H. nachgebildet ist, zeigt, einmal die schon früher betonten Gefahren, die in der Allmacht des subjectiven Empfindens und Fühlens enthalten sind, wenn das sog. empörte Rechtsgefühl zur Ursache stempeln kann, was es will, und zum Andern wieder die irrige Vermengung von Causalität und Verschuldung.

Für uns muß das Urtheil wesentlich anders lauten. Einstweilen, während des Rollens des Wagens, denken wir nichts. Nachdem aber der Betrunkene überfahren und getödtet ist, dann fragen wir, indem wir von dem Tod als der hier in Betracht kommenden Wirkung ausgehen, nach der Ursache des Todes; und wenn wir die Causalreihe soweit wie möglich zurückverfolgt haben, dann finden wir von dem Einfluß einer Unterlassung, eines Nichtsthuens, des Nichts keine Spur. In der Causalreihe ist

Digitized by Google

das Nichts eben ein Nichts, das den Ablauf der Dinge nicht umgestalten kann. Aber die Rechtsordnung hat gewissen Personen unter gewissen Voraussetzungen die Verpflichtung zum Eingreifen in den Ablauf der Causalreihe auferlegt. Es gibt thatsächlich Pflichten, die unter Strafandrohung zum Handeln nöthigen. Auch hier geht H. einen falschen Weg. Seine Auffassung, erst dadurch, daß ein Handeln mit Recht erwartet werde, könne eine Pflicht zum Handeln anerkannt werden, ist in dieser Form überhaupt nicht zutreffend, sie ist es nur in folgender Gestalt. Bevor irgend eine Rechtspflicht zum Handeln anerkannt wird, bestand schon längst eine moralische Pflicht dazu, diese allerdings deshalb, weil die Allgemeinheit das Handeln erwartet und in Fällen gleicher Art immer wieder erwartet hatte. Aber erst wenn auf diesem Wege die Rechtspflicht zur Anerkennung gekommen ist, kann die Versäumung der Pflicht, das Unterlassen, rechtliche Bedeutung gewinnen, zur Verschuldung werden. Die Erwartung der Allgemeinheit, daß gewisse Personen in gewissen Fällen in den Ablauf der Causalreihe hindernd eingreifen würden, die eine ethische Pflicht der Personen begründen konnte, trieb wohl zum Handeln an, zwang aber nicht dazu, erst die Anerkennung der Rechtspflicht zwingt zum Handeln, macht das Unterlassen zum Verschulden. Und dies Unterlassen, weil rechtswidrig, wird im Rechtsleben dem Verursachen durch Handeln gleichgestellt; nach den Grundsätzen der Causalität kann es jedoch als Ursache nicht anerkannt werden.

Von der Rechtswidrigkeit der Unterlassung soll der folgende Aufsatz handeln.

Celle. Appelius.

3. Dr. jur. A. Sturm, K. Notar und Rechtsanwalt in Naumburg a. S. Die Rechtswidrigkeit der Unterlassung. Eine Abhandlung. Berlin, Carl Heymann's Verlag, 1895.

Der Verfasser gibt in der Abhandlung gewissermaßen die Fortsetzung seiner Schrift: Die Commißivdelicte durch Unterlassung und

Digitized by Google

die Omißivdelicte (2. Aufl. 1884. Cassel bei Georg H. Wigand). Er hat sich nicht zu bestreitende Verdienste gerade um die Klärung der Frage nach den Unterlassungsdelicten erworben. Aber, wie in allen seinen Schriften, tritt auch hier zuweilen der Mangel scharfen logischen Denkens hervor, wodurch sein Urtheil getrübt wird. So ist die vermittelnde Stellung, die er in der Frage nach der Causalität der Unterlassung einnehmen will, lediglich eine Folge des erwähnten Mangels. St. will neben dem Geschehenlassen eine für den Menschen „verantwortlich verursachende Unterlassung" construiren. Eine solche verursachende Unterlassung sei z. B. gegeben, wenn ein Richter durch Nichtanwendung bestimmter Gesetze das Recht beugt (§ 336 StrGB.'s). Hier verursache er allein durch die Unterlassung. Das ist unrichtig. Man muß hier verschiedene Möglichkeiten unterscheiden, um zum Verständniß des Fehlers von St. zu gelangen.

I. Die Rechtsbeugung geschieht durch Leiten einer Rechtsache: der Richter gibt z. B. dem Angeklagten nicht das Wort zur Vertheidigung, d. h. er schlägt es ihm nicht ab, sondern er fragt ihn absichtlich nicht nach der erfolgten Beweisaufnahme.

a) Demnächst wird die Sache vor dem Urtheil vertagt. Hier stellt die absichtliche Nichtanwendung der §§ 256, 267 der StrPrO. die Rechtsbeugung selbst dar. Von irgend einem Erfolg, der dadurch verursacht werden könnte, ist hier nichts zu bemerken.

Anscheinend hat sich St. die Sache so gedacht, durch Nichtanwendung des Gesetzes (Ursache!) wird das Recht gebeugt (Erfolg!).

b) Es wird demnächst ein Urtheil gefällt.

Der Richter hat dem Angeklagten absichtlich das Wort nicht ertheilt, damit er nicht eine Zeugenaussage entkräfte.

α) Nun spricht der Richter das Urtheil auf Grund der Zeugenaussage, von deren Unglaubwürdigkeit er überzeugt ist. Dann beugt er auch das Recht durch das ungerechte Urtheil, welches auf der pflichtwidrigen Berücksichtigung der falschen Zeugenaussage beruht. Auch hier wirkt die Nichtanwendung des Gesetzes nicht verursachend.

Digitized by Google

β) Der Richter spricht das Urtheil unter Berücksichtigung der Zeugenaussagen nur nach ihrem wirklichen Werth. Dann ist weiter nichts zu bemerken.

II. Die Nichtanwendung des Gesetzes trägt sich bei der Entscheidung einer Rechtssache zu. Der Beklagte im Civilprozeß hat den Empfang des Darlehns eidlich abgestritten. In absichtlicher Nichtanwendung des § 428 Abs. 1 der CPO. zu Gunsten des Klägers verurtheilt der Richter ihn nach dem Klagantrag, indem er ausführt, daß er dem Kläger Glauben schenke. Hier hat die rechtswidrige Begünstigung der Klagseite das ungerechte Urtheil verursacht, nicht die Nichtanwendung des § 428 cit. Die Anwendung hätte nur den Erfolg verhindert.

Nach Richtigstellung dieses Irrthums von St. können wir seinen sonstigen Ausführungen über die rechtswidrige Unterlassung im Allgemeinen beistimmen, so namentlich wenn er die Verletzung einer Rechtspflicht zum Handeln fordert, und ebenso seine Eintheilungen der Commißivdelicte durch Unterlassung.

Er nimmt eine Rechtspflicht zum Handeln an

1. bei Beamten, bei verpflichtenden Verträgen und sonstigen verpflichtenden Zuständen (Eltern und Kindern u. s. w.);

2. bei vorausgegangenem, fahrlässigem Handeln, zur Abwehr des rechtswidrigen Erfolges.

Wo es sich um die Eintheilung der rechtswidrigen Unterlassung überhaupt handelt, also auch ein Raum für die reinen oder echten Unterlassungsdelicte geschaffen werden muß, da wird man die erste Categorie vielleicht allgemeiner dahin fassen, als die Unterlassungen, welche einem direkten Gebote der Rechtsordnung zuwiderlaufen. Die drei verschiedenen Classen, die St. aufführt, können dann als Unterabtheilung bleiben, die dritte in der Fassung: nach den Vorschriften des öffentlichen oder privaten Rechts verpflichtende Zustände[1]).

[1]) Denn auch z. B. die Strafvorschrift des § 136 StrGBs. geht von

Digitized by Google

Bedenken erheben sich nur gegen seine zweite Kategorie wegen des Wortes fahrlässig.

St. deducirt so, Fahrlässigkeit ist immer rechtswidrig[1]), deshalb macht sich der, der fahrlässig etwas thut, nachher aber die Fahrlässigkeit und die daraus voraussichtlich entstehenden Folgen erkannte (dolus), ohne den Erfolg zu hindern, einer rechtswidrigen Unterlassung schuldig; er glaubt damit die Umgrenzung gefunden zu haben, innerhalb der früheres Handeln, demnächst zur Abwendung des Erfolges verpflichtet, also die Unterlassung strafbar erscheint.

St. wendet sich namentlich gegen Liszt, der (Lehrbuch VI. Aufl. § 29. II. 2) den Satz aufstellt, die Rechtspflicht zum Handeln könne sich ergeben aus dem vorangegangenen Handeln, welches spätere Thätigkeit als pflichtmäßig, späteres Fahrenlassen der ergriffenen Zügel als rechtswidrig erscheinen lasse.

Der beste Nachweis, daß St.'s Grundsatz zu eng ist, scheint mir der Umstand zu sein, daß St. in praxi das selbst gefühlt hat, und in Beispielen, in denen er in einem gewissen dunkeln Drange die Strafbarkeit herausgeahnt, dieselbe auf eine andere, irrige Weise zu erklären gesucht hat. Er meint, der Führer eines in Bewegung befindlichen Dampfwagens, der den Vorsatz fasse, einen in seinem Wege Liegenden zu tödten und deshalb die Bewegung nicht hemmt, sei ein Mörder, wenn er aber fahrlässiger Weise überfahre, wegen Fahrlässigkeit strafbar. Hier könne man

---

einem durch Norm des öffentlichen Rechts zu einem verpflichtenden gemachten Zustand, nämlich „dem Kunde haben", aus.

[1]) Sturm führt aus, Fahrlässigkeit sei ein strafbarer Willensfehler, die pflichtwidrige Nichtkenntniß der verursachenden Bedeutung des Thuns. Hierin liegt ein logischer Widerspruch, wenn das zweite (die Verstandesschuld) gleichsam zur Erklärung des ersten (Willensschuld) gesetzt wird; außerdem ist der Willensfehler allein noch nicht strafbar. Der Willensfehler (die mangelnde Vorsicht) und die Verstandesfehler (mangelnde Voraussicht) machen die Fahrlässigkeit, wo diese mit Strafe bedroht ist, die strafbare Fahrlässigkeit. S. v. Liszt l. c. § 41.

Digitized by Google

jedoch nicht von einem Unterlassen, sondern nur von einem Handeln, dem Fahren, sprechen; und ebenso verhalte es sich, wenn Jemand einen Anderen (schuldlos) verwunde und ihn dann liegen lasse. Geschehen lassen sei überhaupt kein Unterlassen, sondern ein einheitliches Handeln.

Wenn Jemand jedoch fahrlässiger Weise irgendwo Gift offen hingestellt habe, ein Anderer aber schuldlos, an einen Ort, wo er das Hinkommen eines Menschen nicht erwarten konnte, und ein jeder von Beiden sehe dann, daß dritte Personen trinken wollen und hindere nicht, weil sie den Tödtungsvorsatz faßten, dann sei der eine ein Mörder, der andere — nicht; denn des einen an sich schon strafbare Fahrlässigkeit habe sich in vorsätzliches, dem Handeln gleiches Unterlassen gewandelt, das Unterlassen des Anderen sei nur mangelnde Nächstenliebe!

Aus dieser Zusammenstellung dürfte sich die innere Unhaltbarkeit der St.'schen Ansicht ergeben.

In der Rechtsordnung gilt die allgemeine Norm, daß Niemand einen vom Gesetz reprobirten Thatbestand verwirklichen soll. Das Strafgesetz trifft aber nur die vorsätzliche und in gewissen Fällen auch fahrlässige, niemals[1]) jedoch schuldlose Verwirklichung. Soweit nun die vorsätzliche oder auch fahrlässige Verwirklichung eines Thatbestandes mit Strafe bedroht ist, erscheint ein Jeder, der eine Handlung begangen hat, die für den vom Gesetz reprobirten Erfolg causal zu werden geeignet ist, verpflichtet, durch sein Eingreifen den Ablauf der Causalreihe, d. h. den Eintritt des Erfolges zu hindern, wenn nach der Art der Handlung ein solches erfolgreiches Eingreifen noch möglich ist. Das Unterlassen dieses Eingreifens kann aber nur dann rechtswidrig und wie ein Handeln strafbar sein, wenn es entweder auf einer schwereren Verschuldung beruht, als die Handlung, deren Causalität hätte verhindert werden sollen, oder wenn es überhaupt auf einer Verschuldung beruht,

[1]) Ich gehe davon aus, daß auch bei allen Uebertretungen Verschuldung nachgewiesen werden muß.

Digitized by Google

während die Handlung schuldlos[1]) war. Hierzu ist jedoch noch ausdrücklich einschränkend zu bemerken, daß fahrlässiges Unterlassen nur strafbar wird, wenn bei dem betreffenden Delikt überhaupt Fahrlässigkeit mit Strafe bedroht ist.

In dem Vorstehenden dürfte die Norm für das rechtswidrige Unterlassen enthalten sein, nach dem St. und Andere seither vergeblich gesucht haben, eine Norm, die vollständig auf dem Boden des Rechtes steht und allen Anforderungen entspricht.

Beispiele sollen die Sache näher erläutern:

1. Wenn Jemand ein Gewehr abschießt an einer Stelle, an der er einen Menschen nicht zu vermuthen hat und trifft zufällig einen solchen und tödtet ihn, so kann nicht davon die Rede sein, daß er den Erfolg noch hätte hindern sollen, denn in die Flugbahn des Geschosses läßt sich nicht mehr eingreifen.

2. Wenn Jemand auf seinem Grundstück, da, wo ein Weg darüber hinführt, eine Grube gräbt, damit ein Mensch, der Abends im Dunkeln des Weges zu kommen pflegt, hineinstürze und sterbe, so ist er an sich für verpflichtet zu erachten, den Schaden abzuwenden, aber, wenn er es nicht thut und der Mensch stürzt, wie der Thäter das gewollt, in die Grube und stirbt, so kommt die unterlassene Verhinderung nicht in Betracht, sondern allein nur die vorsätzliche Handlung, welche den Erfolg bewirkt hat.

3. Wenn dieselbe Grube, ohne die Tödtungsabsicht, zu irgend einem anderen Zwecke gegraben ist, und der Mensch stürzt hinein und stirbt, so wird fahrlässige Tödtung vorliegen; wenn sich aber der Thäter bevor es Dunkel wurde, daran erinnerte, daß der Mensch allabendlich des Weges kommt und nun den Vorsatz faßt, den Menschen nicht zu warnen, sondern mittels der Grube zu tödten, so ist nunmehr die vorsätzliche Unterlassung der Verhinderung des Hineinstürzens als Mord strafbar.

4. Wenn die Grube auf dem umfriedeten Grundstück angelegt

---

[1]) Schuldlos ist nicht mit „berechtigt" zu identificiren.

Digitized by Google

ist, wo niemals ein Mensch hinkommt, und es klettert Nachts Jeman über die Einfriedigung und stürzt in die Grube, so liegt an sich eine strafbare Handlung nicht vor, wenn aber der Eigenthümer das Ueberklettern des Menschen gewahrt, und, weil er denkt, der Betreffende werde die Grube wohl schon bemerken, oder weil er in ihm seinen Feind erkannt, und nun den Tödtungsvorsatz faßt, ihn nicht warnt, so ist das Unterlassen, im Falle des Todes des Ueberkletternden, als fahrlässige resp. vorsätzliche Tödtung zu bestrafen.

Selbstverständlich wirken hier alle Schuld- und Strafausschließungsgründe — Geisteskrankheit, Nothwehr ꝛc. wie bei der Handlung.

Der Einwand, daß das Verschulden während der Handlung vorhanden sein müßte und daß deshalb der dolus oder die culpa superveniens in der Unterlassung nicht wirksam werden, kann nur bei solchen Handlungen Geltung beanspruchen, welche der Art sind, daß ein Eingreifen vor dem Erfolg zur Abwendung desselben nicht mehr möglich ist; wenn ich schuldlos oder fahrlässig schieße, so bleibt der nach dem Schuß oder vor dem Einschlagen des Geschosses plötzlich gefaßte Tödtungsvorsatz rechtlich irrelevant.

St. verlangt, die für die Rechtswidrigkeit der Unterlassung zu findende Norm müsse in dem Gesetz ausgesprochen sein, — denn ungeschriebenes Recht gebe es im Strafrecht nicht. Auch hier haben wir wieder einen unklaren Gedanken. Nullum crimen, nulla poena sine lege heißt es. Das crimen und die poena haben wir aber hier auch, den Mord oder die fahrlässige Tödtung und die gesetzliche Strafe dafür, wann aber im einzelnen Falle der Thatbestand des Mordes vorliegt, was vorsätzlich tödten und mit Ueberlegung ausführen heißt und bedeutet, wann das durch ein Unterlassen geschehen kann, das sagt das Gesetz nicht; die Auslegung bleibt der Wissenschaft überlassen.

Uebrigens findet sich St.'s Ansicht, daß vorsätzliche Unterlassung nach fahrlässigem Handeln, wegen vorsätzlicher

Digitized by Google

Verwirklichung strafbar mache, ebenso wenig im Gesetz ausgesprochen.

Wenn St. endlich zu dem Thatbestand 4 meint, man wolle da nicht ein Verbrechen, sondern Mangel an Nächstenliebe strafen, so würde das nur dann zutreffen, wenn man für jeden Menschen auch eine allgemeine Nächstenpflicht zur Abwendung der aus einem Handeln Dritter den Mitmenschen drohenden Gefahren construiren wollte.

Auf die weiteren Ausführungen St. im Einzelnen noch näher einzugehen verbietet mir der Raum.

Celle. Appelius.

4. Paul Meyer, Der römische Konkubinat nach den Rechtsquellen und den Inschriften. Leipzig, Teubner, 1895. VII und 196 S.

In der Behandlung des Konkubinats laufen die Fäden aus verschiedenen Teilen des römischen Rechtssystems zusammen: Familienrecht, Standesrecht, Erbrecht, Staats- und Militärrecht, der Gegensatz von Civil- und Peregrinenrecht haben Einfluß auf die Gestaltung, Ausdehnung und Beschränkung, Duldung und Bestrafung gewonnen. Den Hauptgegenstand der vorliegenden Abhandlung bildet der Konkubinat in der Kaiserzeit; die republikanische Zeit wird nur einleitungsweise, die Stellungnahme der Kirche sowie der christlich-germanischen Staaten wird nur anhangsweise berücksichtigt. Für die heidnische Zeit unterscheidet M. den Civil- und den Soldatenkonkubinat, innerhalb des letzteren aber wieder die Verhältnisse der Bürgersoldaten und der Peregrinensoldaten. Die christliche Kaiserzeit zerfällt in drei Perioden, welche ihren Charakter durch die Gesetzgebung Konstantins, durch die Gesetzgebung bis Justinian und durch die Justinianische Gesetzgebung erhielten. Erst Basilius Macedo und Leo Philosophus (9. Jahrh.) entschlossen sich zu einem entschiedenen Verbote des Konkubinats, nachdem derselbe vorübergehend sogar die Sanktion eines römischen Bischofs erhalten hatte. Verf. zeigt, daß das öffent-

Digitized by Google

liche Interesse, zunächst einen Ersatz für die aus Standesrücksichten eintretenden Ehebeschränkungen zu bieten, später das Interesse, für das materielle Wohl der Soldaten zu sorgen, dem Konkubinat und der Konkubine in der öffentlichen Meinung Geltung verschaffte und daß die Konkubine thatsächlich eine Stellung einnahm, welche derjenigen der Ehefrau ähnlich war, ja, daß selbst Kaiser wie Vespasian, Antoninus Pius und Marc Aurel das Zusammenleben mit einer Konkubine einer zweiten Ehe vorzogen. Insbesondere weist M. aus den Inschriften der Grabmäler nach, daß häufig neben der Ehefrau und den ehelichen Kindern die Konkubine mit ihren Kindern genannt wird. Trotzdem blieb der Konkubinat bis Justinian ein rein thatsächliches Verhältnis. Erst Justinian verlieh ihm hinsichtlich des Erbrechts, der Alimentationspflicht und der Paternität rechtliche Wirkungen.

Die auf sehr fleißigem Quellenstudium beruhende und durch klare Darstellung ausgezeichnete Arbeit verdient nicht bloß kulturgeschichtliches Interesse wegen der Bedeutung des Konkubinats und des Respekts für die erste Ehe, sondern zeigt auch, mit welcher Feinheit und Sorgfalt das römische Recht selbst die Voraussetzungen eines solchen thatsächlichen Zustandes regelte und wie hierbei auf die Beziehungen zu vorhandenen Rechtseinrichtungen, z. B. auf den Freigelassenenstand, Rücksicht genommen wurde.

Kleinfeller.

5. A. Weingart, Handbuch für das Untersuchen von Brandstiftungen. Zum Gebrauch für Juristen und Verwaltungsbeamte. Leipzig, Duncker & Humblot. 1895. VIII und 166 S.

Obwohl der Inhalt dieses Buchs nicht einen Rechtsstoff, sondern die praktischen Fragen, welche bei der Nachforschung nach Brandursachen und Brandstiftungen auftauchen, vom Standpunkte des Untersuchungsrichters aus behandelt, so daß wir eine Spezialarbeit aus dem weiten Gebiete der Aufgaben des Untersuchungsrichters vor uns haben, das von Groß in seinem Handbuch für

Digitized by Google

Untersuchungsrichter (2. Aufl. 1894) zum Gegenstande einer Gesamtdarstellung gemacht worden ist, läßt sich dieser Arbeit doch auch eine rein juristische Seite abgewinnen. W. selbst bezeichnet sein Werk als einen „Versuch, das, was Bauer, Glaser u. a. über den Indicienbeweis theoretisch gelehrt haben, für den unmittelbaren Gebrauch in der Praxis verwendbar zu machen". Es wird also hier die Bedeutung und Gestaltung des Indicienbeweises für eine Deliktsgruppe in rein praktischer Weise vorgeführt und es wird dem Leser nicht schwer werden, einzelnes auch auf andere Deliktsgruppen entsprechend anzuwenden. Insbesondere gilt dies von der Methode für die Entdeckung und Ueberführung des Brandstifters, insofern gezeigt wird, wie Motiv, Wille, Fähigkeiten, der Besitz von Mitteln und Werkzeugen zur That für die Erforschung von Wert sind. Selbstverständlich kann auch der Ankläger und Verteidiger sowie der Richter der Hauptverhandlung aus diesem Buche Belehrung schöpfen. Verf. hat daher ein Recht darauf, daß die Juristenwelt seiner Arbeit, welche die Frucht 14jähriger praktischer Erfahrung ist, Interesse entgegenbringt.

Kleinfeller.

6. E. Zürcher und H. Sträuli, Grundlagen und Ergebnisse der Statistik der Rechtspflege im Kanton Zürich. Zürich, Schultheß, 1895. IV und 170 S.

Die Statistik eines kleinen Staatswesens, in welchem neben den Verhältnissen einer hochentwickelten Stadtgemeinde ländliche Zustände zur Geltung kommen, ist schon dadurch von besonderem Interesse, daß hier die Gegensätze des Rechtslebens in Stadt und Land unmittelbar und deshalb schärfer hervortreten, als in einer Statistik, deren Stoff einem weit ausgedehnten Gebiet entnommen ist, in welchem vielerlei wirtschaftliche und soziale Verschiedenheiten bestehen. Aber abgesehen von diesem eigenartigen Vorzug zeichnet sich die hier zu besprechende statistische Arbeit durch vier Eigenschaften aus, welche sie als nachahmenswert erscheinen lassen, aller-

Digitized by Google

dings mit dem Vorbehalte, daß sich die Nachahmung auf ein eng begrenztes Gebiet beschränken müßte. Zunächst als Erläuterung zu den Ergebnissen der Rechtsstatistik einer siebenjährigen Periode (1885—1891) unternommen, greift die Arbeit weit zurück, indem sie die Ergebnisse teilweise seit 1875, teilweise seit 1832 zum Vergleiche heranzieht. Eine solche zeitliche Ausdehnung konnte aber ohne Gefahr für die Würdigung der Thatsachen nur gewählt werden, wenn gleichzeitig der Wechsel in der Gesetzgebung berücksichtigt wurde. Dieser Forderung ist durch eine Darstellung der geschichtlichen Entwickelung des Züricher Prozeßrechts genügt; in der Kriminalstatistik beschränkten sich die Verf. auf die Vergleichung der Ergebnisse seit 1871, also auf ein Material, welches unter der Herrschaft des nämlichen Strafgesetzbuches gesammelt worden war. Die Untersuchung ist ferner sachlich auf solche Verhältnisse ausgedehnt, welche nur mittelbar mit der Prozeßstatistik in Berührung stehen, nämlich auf die Geschäfte der nichtstreitigen Rechtspflege sowie der Schiedsgerichte und auf Kreditverhältnisse (Liegenschaftsverkehr, Grundversicherungen, freiwillige Pfandverschreibungen, Wechselproteste, Schuldbetreibung und Konkurs). Endlich gewinnt das Buch besonderes Interesse für weitere Kreise durch Vergleiche der Ergebnisse mit den Zahlen der deutschen Statistik. Schlüsse lassen sich jedoch aus solchen Vergleichen nicht ziehen, weil die Verhältnisse, denen die Zahlen entsprechen sollen, zu wenig gleichartig sind. Von den Ergebnissen mögen wenigstens einige hervorgehoben werden, welche zugleich beweisen, wie die Verf. bemüht waren, aus den Zahlen ein Gesamtbild herzustellen; S. 46 wird festgestellt, daß wirtschaftliche Depression und Wechsel in der Prozeßgesetzgebung eine Vermehrung der Civilprozesse nach sich zieht, während S. 68 die Wahrnehmung gemacht wird, daß eine neue Strafprozeßordnung das Sinken der Ziffer der Strafsachen bewirkte. Diese Erscheinung hängt natürlich mit dem Gegenstand und der Art der Veränderung des Prozeßrechtes zusammen, wie sich die Verf. nicht verhehlen; es wäre wohl auch

Digitized by Google

das umgekehrte Verhältnis denkbar. Für die Entscheidung der Frage, ob das Berufungsgericht aus Mitgliedern des Gerichts 1. Instanz oder eines höheren Gerichts zu bilden sei, ist die Beobachtung von Interesse — wenn auch nicht ausschlaggebend —, daß im Civilprozeß der Erfolg der Kassation um so seltener wird, je höher die Stufe ist, auf der das Gericht steht, dessen Urteil der Anfechtung unterliegt. Handelt es sich hierbei auch nur um die Anwendung des Rechts und bei Berufungsgerichten in Strafsachen vorzugsweise um die Beurteilung von Thatsachen, so ist doch nicht zu vergessen, daß die Frage nach der Erheblichkeit auch eine Rechtsfrage sein kann. Endlich sollen noch zwei Thatsachen hervorgehoben werden, welche die Verf. als Illustration zum Kampfe ums Recht erwähnen. Während die Friedensrichter in 40,8 % der Fälle die Sache an den erkennenden Richter wiesen, haben nur 35,8 % der verwiesenen Parteien ihre Weisung bei dem erkennenden Richter eingereicht und nur 0,5 % fochten den Kampf ums Recht durch alle Instanzen durch. Die Verf. bemerken hierzu, daß die offizielle Statistik keinen Aufschluß darüber giebt, wie viele schon in der ersten Position, wie viele schon vorher ihr Recht erfochten. Dabei ist jedoch nur der Kläger als Kämpfer ums Recht aufgefaßt. Das Buch darf jedem, der sich für Rechtsstatistik interessiert, als beachtenswert empfohlen werden.

Kleinfeller.

7. W. Reuling. Der unlautere Wettbewerb nach dem zweiten „Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbes" und über den Rechtsschutz von Fabrikations- und Geschäftsgeheimnissen. Berlin, Gärtner, 1895. 116 S.

Die Reichsgesetzgebung erfährt nicht selten den Vorwurf, daß ihre Erzeugnisse unter allzu großer Schleunigkeit des Verfahrens leiden. Diesem Fehler wird in neuerer Zeit vielfach dadurch vorgebaut, daß die Regierung genötigt wird, ihre Entwürfe mehrmals einzubringen, ehe es zur vollständigen Erledigung der parla-

Digitized by Google

mentarischen Arbeiten kommt. Dieses Schicksal hat auch den Entwurf eines Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb getroffen. In Folge dessen erscheint die vorliegende Schrift, welche als Kritik des 2. Entwurfs veröffentlicht wurde, jetzt teilweise durch den dem Reichstage vorgelegten 3. Entwurf als überholt. Es ist daher gerechtfertigt, an die Mitteilung der Bedenken des Verfassers eine Betrachtung darüber zu reihen, inwieferne der neue Entwurf sich vom vorangegangenen unterscheidet. Auf einer gleichartigen Erwägung beruht es ferner, wenn diese Besprechung kürzer ausfällt als vielleicht erwartet wird, denn es ist nach menschlicher Berechnung sicher, daß bei Veröffentlichung dieser Besprechung ihr Inhalt durch die Kommissionsarbeiten, vielleicht durch das fertige Gesetz überholt ist. So ergiebt sich die Notwendigkeit einen Mittelweg zwischen kurzer Anzeige und eingehender Kritik zu suchen.

Die Erscheinungsformen des unlauteren Wettbewerbes, welche mit den Maßregeln des Entwurfs bekämpft werden sollen, ordnet R. in fünf Gruppen: I. Reklameschwindel (§§ 1, 2 d. E.); II. Quantitätsverschleierungen (§ 3 E.); III. Betriebs- und Kreditschädigungen durch Nachreden (§§ 4, 5 E.); IV. Ausdehnung des Firmenschutzes auf sonstige Bezeichnungsweisen (§ 6 E.) und V. Verrat fremder Gewerbegeheimnisse und unbefugtes Eindringen in solche (§§ 7, 8 E.). Außerdem beleuchtet R. noch die Gefährlichkeit der voraussetzungslosen Zulassung einstweiliger Verfügungen und die Unzweckmäßigkeit des § 12, welcher den Schutz für die ausländischen Betriebe von der Gegenseitigkeit abhängig macht, wenn nicht gleichzeitig eine Hauptniederlassung im Deutschen Reiche besteht.

Bezüglich jener fünf Gruppen bemerkt Verfasser, daß sich nur die Gruppen I und IV in Wahrheit als Wettbewerbsdelikte darstellen, die Gruppen II, III und V dagegen als „Nicht-Konkurrenzdelikte" zu bezeichnen seien. Er übersieht dabei, daß nach den Thatbestandsmerkmalen sowohl des 2. wie des 3. Entwurfes

Digitized by Google

auch die Gruppe V zu den wahren Wettbewerbsdelikten gerechnet werden muß, weil die Mitteilung „zu Zwecken des Wettbewerbs" verlangt wird. Das gleiche gilt für den ersten Fall der nur ein civilrechtliches Delikt bildenden Betriebsschädigung durch üble Nachrede, indem auch hier an den Anfang des Thatbestandes das Merkmal „zu Zwecken des Wettbewerbes" gesetzt ist (§ 6 des 3. E.); im § 4 des 2. Entwurfes war dies nur etwas umständlicher durch Abs. 2 in Form einer Ausnahme zum Ausdruck gebracht. Zu § 5 (Behauptung wider besseres Wissen) rühmt es R. als ein Verdienst des Entwurfs, daß er die Schranken des Konkurrenzdelikts gesprengt und einen tiefer gedachten Begriff herausgearbeitet habe. Indem er nun eine Parallele zwischen den §§ 4, 5 (§§ 6, 7 des 3. E.) und den §§ 186, 187 des St.G.B. zieht, billigt er, daß neben der dolosen Kreditschädigung die dolose Gewerbeschädigung gestraft werde, die bloß fahrlässige Gewerbeschädigung aber wie die bloß fahrlässige (d. h. nicht wissentliche) Kreditschädigung straflos gelassen wird. Dagegen tadelt er die Formulierung des Thatbestandes wegen ihrer allzuweiten Ausdehnung, welche es ermöglicht, auch solche Behauptungen zu treffen, die sich gar nicht auf den Gewerbebetrieb selbst beziehen, aber denselben schädigen können; insbesondere findet er auch den Ausdruck „Behauptungen thatsächlicher Art" anstatt „Behauptungen von Thatsachen" zu weit. Ferner vermißt R. einen objektiven Maßstab für das, was den Betrieb eines Geschäfts zu schädigen geeignet ist, sowie das Merkmal der eigennützigen Absicht, welches dem Zwecke des Entwurfs entsprechen würde, endlich das Merkmal des eingetretenen Schadens.

Noch entschiedener verurteilt R. den Thatbestand des civilrechtlichen Delikts (§ 4 des 2., § 6 des 3. E.), weil weder der gute Glaube an die Wahrheit, noch der Fall berücksichtigt werde, daß eine Schädigung nicht vorauszusehen war. Er weist auch auf die Möglichkeit hin, daß der Wahrheitsbeweis zwar in dem Momente, wo die Aeußerung fällt, nicht aber später, wenn die

Digitized by Google

Beschädigung behauptet wird, erbracht werden kann. Während sonst Ansprüche durch Zeitablauf untergehen, würde hier der Anspruch dadurch entstehen, daß mit dem Zeitablauf die Beweismittel untergegangen oder in Vergessenheit geraten sind. Den Grundfehler aber erblickt R. in der Nachbildung des § 186 des St.G.B., welche deshalb falsch ist, weil Ehre und gewerbliche Leistungen verschiedene Dinge sind. Diese Kritik war gegenüber dem 2. Entwurf wenigstens zum Teil berechtigt, ist es aber nicht mehr gegenüber dem 3. Entwurf, welcher das Merkmal der Schädigungsabsicht positiv durch die Worte: „Zu Zwecken des Wettbewerbes" ausgedrückt und damit zugleich die Beweislast auf die Seite dessen verlegt hat, der den Schadensersatzanspruch erheben will. In der Beschränkung auf absichtliche Schädigung giebt R. der Fassung des Entwurfs eines Gesetzes zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs den Vorzug vor § 748 des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs (2. Lesung).

Innerhalb des Kreises der Konkurrenzdelikte findet der Thatbestand des § 6 d. 2. E. (§ 8 d. 3. E.) die Billigung des Verfassers. Gegenüber § 1 jedoch rügt er, daß die unreelle Reklame nicht als unlauterer Wettbewerb sondern lediglich vom Standpunkt der Konsumenten aus und als eine Gefahr für diese im Gewerbepolizeirecht zu berücksichtigen sei. Unter diesem Gesichtspunkt aber erscheint weder das civilrechtliche Delikt aus § 1 noch das strafrechtliche aus § 2 (§ 4 d. 3. E.) als ein wahres Konkurrenzdelikt. Sehr treffend ist der Einwand, daß aus § 1 Schadensersatzansprüche entstehen könnten, ohne daß es einen Verletzten giebt und ohne daß irgend eine rechtliche Beziehung zwischen dem für berechtigt Erklärten und dem zu Beklagenden entdeckt werden kann. Eine Gefahr sieht R. mit gutem Grund auch in der Zulassung von einstweiligen Verfügungen unabhängig von den Voraussetzungen der §§ 814, 819 der C.P.O., weil diese Schrankenlosigkeit gerade in der Hand des unlauteren Konkurrenten eine Waffe werden kann, da dieser nun ohne Umstände

Digitized by Google

im Wege der einstweiligen Verfügung den unbequemen Konkurrenten ruinieren könnte.

In der 2. Abhandlung über den Rechtsschutz von Fabrik- und Geschäftsgeheimnissen unterscheidet R. zwei Gruppen von Handlungen: Das widerrechtliche Eindringen in fremde Gewerbegeheimnisse und das Verraten oder Verschleppen anvertrauter Gewerbegeheimnisse. Er erkennt den 2. Entwurf als einen Fortschritt gegenüber dem 1. Entwurf an, hebt aber noch drei Fehler des 2. Entwurfs hervor: die Nichtberücksichtigung des Mißbrauchs von anvertrauten Geheimnissen durch Personen, welche nicht zum Betriebspersonal gehören; die Beschränkung des Betriebspersonals auf eine Schweigepflicht, welche es diesem ermöglicht, das Geheimnis im eigenen Betriebe auszunützen; die Verengerung der Schweigepflicht für die Zeit nach Beendigung des Dienstverhältnisses auf anvertraute Geheimnisse, während für die Dauer des Dienstverhältnisses auch die sonst irgendwie zugänglich gewordenen Geheimnisse der Schweigepflicht unterliegen; dazu wird an einer späteren Stelle S. 84 Anm. noch hervorgehoben, daß nach dem § 7 (§ 9 d. 3. E.) dritte Personen, denen das Geheimnis widerrechtlich mitgeteilt wurde, mehr gebunden sind als der Mitteilende selbst, indem jene das Geheimnis im eigenen Betriebe nicht verwenden dürfen.

Eine verschiedene Beurteilung ergiebt sich nach R. für die Fabrikgeheimnisse und für die sonstigen Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisse. Unter die letzteren soll vor allem nicht das gerechnet werden, was der Gewerbsgehilfe in seinem Kopfe an Erfahrung, Geschäftsgewandtheit, Waarenkenntnis u. s. w. mitnimmt. Bezüglich der wirklichen Geschäftsgeheimnisse (einzelne Vorkommnisse im Geschäft) empfiehlt R. lediglich eine Ausdehnung des § 300 des R.St.G.B. auf das Geschäftspersonal, weil die Schweigepflicht desselben eine ganz ähnliche wie beim Arzt, Apotheker u. s. w. ist. Dagegen bezeichnet Verfasser bei dem Schutz der Fabrikationsgeheimnisse die Schweigepflicht als einen falschen Ausgangspunkt,

Digitized by Google

weil es sich vielmehr um geistiges Besitztum des Erfinders handle. Ebenso erklärt er die Konstruktion der Schweigepflicht für verfehlt, weil die Merkmale „unbefugt" und „zum Zwecke des Wettbewerbs" nebeneinandergestellt werden, während doch jeder Bruch der Schweigepflicht unbefugt sei, mag er zu diesem oder zu einem anderen Zwecke erfolgen. Bezüglich der schriftlichen Feststellung des Gegenstandes der Schweigepflicht weist R. mit Recht auf die Gefahr hin, daß der neu aufzunehmende Gewerbsgehilfe den Vertragsschluß von der Mitteilung des Umfangs der Schweigepflicht abhängig machen, nach erfolgter Mitteilung aber doch den Vertragsschluß verweigern und sich somit der Schweigepflicht entziehen könne.

Ueber das Eindringen in fremde Gewerbegeheimnisse hatte R. mit Bezug auf den 2. Entwurf eingewendet, daß der Ausdruck: „durch eine rechtswidrige Handlung erlangt" nichtssagend sei, weil Bestimmungen darüber, was als rechtswidrig gelten solle, zur Zeit fehlen. Diesem Vorwurfe begegnet der neue Entwurf mit der Fassung: „durch eine gegen das Gesetz oder die gute Sitte verstoßende Handlung". Jener Einwand war nicht so zutreffend, wie es auf den ersten Blick scheinen mag, denn jedenfalls wäre nach der früheren Fassung derjenige getroffen worden, der sich in das Geheimnis durch eine strafbare Handlung eindrängte. An Bestimmungen, welche das Eindringen mittels Diebstahls, Sachbeschädigung, Nötigung, Verletzung des Briefgeheimnisses als rechtswidrig erkennen lassen, fehlt es nicht. Dagegen würde die Beschränkung auf rechtswidriges Eindringen dem Bedürfnisse nicht genügt haben. In diese Lücke springt die zweite Alternative des 3. Entwurfs: „gegen die gute Sitte" ein. Erschöpfend ist aber auch diese neue Fassung nicht. Mit Recht fordert R. innerhalb der Grenzen des § 3 Abs. 2 des Patentges. neben dem Schutze des Erfinderrechts gegen die Patentnahme für eine „ohne Einwilligung entnommene Erfindung" einen entsprechenden Schutz des Fabrikationsgeheim-

Digitized by Google

nisses gegen eine in anderer Form als durch Patentnahme bewirkte Ausbeutung.

Die Schrift von R. ist durch den 3. Entwurf nur äußerlich überholt; die meisten Bemerkungen treffen auch noch gegenüber diesem zu. Die Kritik, welche der Verfasser geübt hat, wird sogar noch über die Dauer der Gesetzgebungsarbeit hinaus Bedeutung behalten, weil sie manche Ausführung enthält, welche für die Erläuterung und praktische Handhabung dienen können, falls der Entwurf zum Gesetz erhoben wird. Das Buch darf daher noch jetzt der Berücksichtigung empfohlen werden.

Kleinfeller.

8. Dr. jur. Paul Merkel, Rechtspracticant. Begehung durch Unterlassung. Nürnberg, W. Tümmel's Buch- und Kunstdruckerei, 1895. 66 Seiten.

Der Verfasser behandelt, mit großem Fleiß und unter sorgfältiger Benutzung der einschlägigen Literatur, die alte Streitfrage nach der Causalität der Unterlassung, die in letzter Zeit wieder ein beliebter Gegenstand für Abhandlungen geworden ist, wie die vielen darüber erschienenen Schriften beweisen.

Es werden zunächst die verschiedenen Ansichten besprochen. Der Verfasser schließt sich im Wesentlichen der Meinung Landsberg's (in seiner Schrift: die sog. Commissivdelicte durch Unterlassung) an, und er entwickelt seine eigene Ansicht, in Uebereinstimmung mit ihm, dahin, daß die strafrechtliche relevante Unterlassung bei einem sog. Erfolgsdelict, für den Erfolg causal sei. Allerdings wird diese Causalität in der, auch von Landsberg gewählten, besonderen milden Form geschildert, daß Unterlassung und Erfolg „unter der Denkform der Causalität als Ursache und Wirkung mit einander verknüpft werden"; — also eine gedachte Causalität, welche der Realität entbehrt. Es erscheint mir jedoch zweifelhaft, ob diese Mittelmeinung sich geeignet erweist, die vorhandenen Gegensätze mit einander zu versöhnen, und ich glaube außerdem, daß auch dem Verfasser selbst seine eigene

Digitized by Google

Begriffsbestimmung nicht so recht in Fleisch und Blut übergegangen ist. Denn während er einmal ausdrücklich hervorhebt, daß diese sog. Causalität der Unterlassung, da die letztere ja keine Aeußerung einer Kraft sei, nur nach der Anschauung des täglichen Lebens, nicht aber physikalisch gelten könne, führt er an anderen Stellen aus, daß bei der Begehung durch Unterlassung Kräfte wirksam seien, daß der Unterlassende ein Verhalten zeige, welches als Unterlassungsvorgang bezeichnet werden müsse, daß die Unterlassung Unrecht oder löbliche Thaten wirke, Erhebliches oder Gleichgültiges hervorrufe, daß sie genau so weich und so elastisch sei, wie die Handlung. Das sind Widersprüche, die als eine natürliche Folgeerscheinung des schwierigen Unternehmens mit dem Begriff einer gedacht causalen Unterlassung zu operiren sich ergeben. Diese Idee einer gedacht causalen Unterlassung kann aber auch leicht zu einem praktisch bedenklichen Ergebniß führen: M. sagt nämlich von seinem Standpunkt aus ganz correct, daß die Unterlassung deshalb causal sei, weil Unterlassung und Erfolg zwei Ereignisse seien, die in ihrer Aufeinanderfolge dem denkenden Menschen als Ursache und Wirkung erscheinen. Das erinnert lebhaft an die gedachte Causalität von Heß (Ueber Kausalzusammenhang und unkörperliche Denksubstrate, Hamburg 1895), welche ich in diesen Blättern besprochen habe, und ergibt in dessen Sinn aufgefaßt, die unhaltbarsten Resultate.

Auch M. erörtert[1]) die Schrift von Heß, fertigt sie aber dann mit den wenigen Worten ab: „wir halten die Schrift für ganz verfehlt". Vielleicht liegt der Kern der M.'schen Kritik über Heß an einer anderen Stelle der Schrift, an der M. von Heß sagt: „Er führt uns in eine recht dunkle Gedankenwelt, in die es schwierig ist, ihm zu folgen". Eine eingehendere Würdigung von Heß wäre aber gerade wegen der nahen Verwandtschaft der Ansichten von M. und Heß erwünscht gewesen, damit

[1]) S. 14 ff.

Digitized by Google

der Gegensatz zwischen den Meinungen recht offenbar würde. Jetzt scheint es fast, als ob M. thatsächlich nur an der Construction von Heß Anstoß nehme. Bei genaueren Zuschauen läßt sich aber die Verwandtschaft und der Unterschied der beiden Ansichten wohl dahin zusammenfassen: Beiden ist die Causalität nur eine Denkform, die sich in concreto bei M. nach dem Urtheil des denkenden Menschen, bei Heß nach dem Urtheil, dem subjectiven Empfinden, dem dunkel tappenden Rechtsgefühl jedes Einzelnen, der gerade zum Urtheile berufen ist, bestimmt. M. meint aber offenbar, wenn er von dem Urtheil des denkenden Menschen spricht, im Gegensatz zu Heß, das Urtheil der Allgemeinheit, oder das, was je nach dem Stande der Wissenschaft als Ursache und Wirkung angesehen wird.

Aber auch die communis opinio, welche allerdings die Unterlassung als causal behandelt, darf uns nicht bestimmen, die Unterlassung als verursachend zu denken.

Statt weiterer Erörterung dieses Punktes muß ich jedoch hier auf meine eingehende Besprechung der Schriften von Heß und Sturm in diesen Blättern verweisen, in der das Erforderliche gegen dieAnnahme von der Causalität der Unterlassung ausgeführt ist. Für die strafrechtliche Praxis fragt M. nicht, wann erscheint die Unterlassung strafrechtlich causal, sondern wann ist die Unterlassung d. h. in seinem Sinne: „die causale Unterlassung" rechtswidrig. Die Erörterungen, die er daran knüpft sind nicht zu beanstanden.

Den Schluß der Abhandlungen bilden Besprechungen von Entscheidungen des Reichsgerichts und anderer Gerichtshöfe über Unterlassungsdelicte.

Die Schrift kann übrigens als ein recht werthvoller Beitrag zu der erörterten Lehre warm empfohlen werden.

Celle. Appelius.

Digitized by Google

9. Dr. Hans von Slupecki, K. Preußischer Landrichter aus Oppeln. Die Lehre von den jugendlichen Verbrechern im gemeinen deutschen Strafrecht und Strafproceßrecht. Tübingen, Verlag von Franz Pietzcker, 1896. 88 S.

Die Schrift ist eine Doctordissertation. Der Verfasser erörtert die Bestimmungen des Strafrechts und das Verfahren bezüglich der jugendlichen Verbrecher eingehend, jedoch ohne etwas wesentlich Neues zu bringen. Ich kann mich deshalb auch im Allgemeinen darauf beschränken die Schrift anzuzeigen. Wer außer den gesetzlichen Bestimmungen des Strafgesetzbuchs gegen die jugendlichen Verbrecher auch die landesrechtlich zur Bekämpfung des jugendlichen Verbrecherthums erlassenen Gesetze kennt, wird in der Schrift einen Anhalt zur Beantwortung der Frage nach der Rechtsgültigkeit einzelner dieser Bestimmungen neben dem Reichsrecht vermissen, wie z. B. der Vorschrift des Hamburgischen Gesetzes über die Verhängung von Zwangserziehung wegen einer Strafthat auch gegen deshalb schon bestrafte Jugendliche nach verbüßter Strafe u. A. Es sind das sehr interessante juristische Fragen, deren Beantwortung recht schwer und zweifelhaft ist. Die Besprechung des Verhältnisses der §§ 55 und 56 des Str.G.Bs. zu dem § 2 E.G. zum Str.G.B., wie wir sie S. 16 und 95 finden, gibt darauf keine ausreichende Antwort.

Auch wären wohl ein paar Worte über das Verhältniß des § 55 Abs. 2 des Str.G.Bs. zu der Bestimmung der Entwürfe des Civilgesetzbuchs und des Einführungsgesetzes, und über die verschiedene Stellung des ersten und zweiten Entwurfs zu § 55 Abs. 2 nicht überflüssig gewesen.

Celle. Appelius.

Digitized by Google

V.

Staatsrecht.

1. Rosin, Heinrich, Prof. der Rechte an der Universität Freiburg. Das Polizeiverordnungsrecht in Preußen. Zweite neubearbeitete Auflage. Berlin, Guttentag, 1895. X und 320 Seiten.

Selten wird einer verwaltungsrechtlichen Einzelstudie das Glück mehrfacher Auflagen zu theil. Wenn dieser Satz für die vorliegende Monographie keine Geltung hat, so ist dies ein glänzendes Zeugniß sowohl für das Buch selbst wie für den Kreis seiner Benützer. Das Buch selbst hätte dieser besonderen Art von Zeugschaft für seine Güte nicht bedurft. Noch fern von der Aussicht auf eine zweite Auflage, gleich nach seinem Erscheinen, war es als eine der hervorragendsten Leistungen auf dem Gebiete des Verwaltungsrechtes einstimmig anerkannt. Wen das schon länger bestandene Bedürfniß einer Neuarbeitung am meisten ehrte, das waren die preußischen Verwaltungsbehörden. Die Nothwendigkeit dieser zweiten Auflage beweist die erfreuliche Thatsache, daß preußische Verwaltungsbehörden auch anderen als kommentarisch angelegten Werken Aufnahme in ihre Büchereien gönnen.

Wissenschaftlich betrachtet zeigt diese zweite Auflage die besondere Eigenthümlichkeit, daß ihr Schwerpunkt eigentlich außerhalb ihrer selbst liegt. Die neuen Untersuchungen des Verf. über den Polizeibegriff, von deren Ergebniß ja die praktisch wichtigste Frage, die nach dem Umfang des Polizeiverordnungsrechtes, abhängt, sind in dem neuen Buche in der Hauptsache nur in abgekürzter Form zur Darstellung gebracht. Ausführlich sind dieselben in einem

Digitized by Google

voraufgehenden Aufsatze „über den Begriff der Polizei und den Umfang des polizeilichen Verfügungs- und Verordnungsrechtes in Preußen" in Band III des Verwaltungsarchives, herausgegeben von Schultzenstein und Keil S. 249—365 (auch separat erschienen), enthalten. Es läßt sich daher die neue Auflage des „Polizeiverordnungsrechtes" wissenschaftlich nicht besprechen, ohne sich auch näher mit jenem Aufsatze zu beschäftigen. Gerade die dort behandelte Frage des preußischen Polizeibegriffes wollen wir hier zur Erörterung stellen.

Bei seiner ersten Lectüre jenes Aufsatzes und dieses Buches vor einem halben Jahre etwa glaubte Ref., wie er gerne einräumt, in der Lage zu sein, den Beweisführungen des Verf. im Wesentlichen beitreten zu können. Wiederholtes, eingehendes Studium der Sache machte ihm dies nunmehr für den wichtigsten Punkt zur Unmöglichkeit.

Der umstrittene Punkt ist die Auslegung vom § 10 II 17 des A.L.R. Derselbe lautet: „Die nöthigen Anstalten zur Erhaltung der öffentlichen Ruhe, Sicherheit und Ordnung, und zur Abwendung der dem Publico, oder einzelnen Mitgliedern desselben bevorstehenden Gefahren zu treffen, ist das Amt der Polizei." Die in Praxis, wie Theorie gegenwärtig herrschende Meinung erblickt in diesem Paragraphen eine allgemeine, auf alle polizeilichen Functionen, daher auch auf das Polizeiverordnungsrecht bezügliche Begriffsbestimmung der Polizei. Absichtlich habe das Gesetzbuch die Sicherheitspolizei zur Polizei schlechtweg erklärt und die Wohlfahrtspolizei aus Begriff und Umfang derselben überhaupt ausgeschieden. Auf letztere beziehe sich das Polizeiverordnungsrecht nur kraft besonderer Einzelbestimmung.

Schon in der ersten Auflage hatte es dagegen R. abgelehnt, in § 10 eine ausschließende Begriffsbestimmung der Polizei zu sehen. Die zweite Auflage sucht nun den dort lediglich aus dem Standort der Bestimmung geführten Beweis durch weitere, aus dem Zusammenhang des ganzen Gesetzbuches entnommene Gründe

Digitized by Google

zu stützen. Wir vermögen R. nur darin Recht zu geben, daß er sagt, in § 10 sei unter Polizei nicht polizeiliche Thätigkeit, sondern Polizeibehörde und unter Amt nicht Aufgabe, sondern Amt im staatsrechtlichen Sinne, der ein für alle Mal abgegrenzte, organisatorische, verselbständigte Auftrag zur Besorgung öffentlicher Angelegenheiten zu verstehen, aber nicht darin, daß er meint, in § 10 bedeute „Anstalten" nur „Zwangsanstalten" d. h. Befehl an die Unterthanen, hinter welchem obrigkeitlicher Zwang der Durchsetzung stehe, und des weiteren nicht darin, daß er unter diesem Zwang nicht jeden, sondern lediglich executivischen Zwang, Zwang der Vollziehung, nicht der Rechtsetzung versteht.

Daß es nicht angeht, „Polizei" im sachlichen Sinne, zur Bezeichnung der Polizei als Function zu nehmen, sondern darunter die Polizei im persönlichen Sinne, die Polizeibehörden, zu begreifen ist, das ergibt gewiß der Umstand, daß sonst das Wort Polizei im Landrecht, namentlich in der Zusammensetzung Polizeigesetz, Polizeiverordnung, auch für staatspflegende Thätigkeit gebraucht wird. Mehrere der Gesetze, welche das Landrecht Polizeigesetze nennt (vergl. die Aufzählung in genanntem Aufsatz (S. 380 und 381), z. B. „Polizeigesetze oder Verordnungen über Vergütung bei Verdingung von Thieren zur Befruchtung anderer Thiere" (§ 325 I 6 des A.L.R.), rechnen nicht bloß zur Sicherheits-, sondern auch zur Wohlfahrtspolizei. Ferner stellt § 3 II 13 neben die Pflicht des Staatsoberhauptes, sowohl die äußere als innere Ruhe und Sicherheit zu erhalten und einen jeden bei dem Seinigen gegen Gewalt und Störungen zu schützen, die die vorzüglichste des Staatsoberhauptes genannt wird (§ 2), die andere, für Anstalten zu sorgen, wodurch den Einwohnern Mittel und Gelegenheit verschafft würden, ihre Fähigkeiten und Kräfte auszubilden und dieselben zur Beförderung ihres Wohlstandes anzuwenden. Dagegen vermag ich nicht zu glauben, daß der Umstand, daß § 10 II 17 neben dem Marginale „Polizeigerichtsbarkeit" steht, von der in § 11 gehandelt wird, die Behauptung rechtfertigt, § 10 betreffe nur Verwaltungsbefehl und

Digitized by Google

Verwaltungszwang (Aufsatz S. 291—293, P.V.R. S. 124). Selbst, wenn die Absicht der Redactoren die war, mit Anstalten nur die executive Thätigkeit zu meinen, vermag ich den Zusammenhang mit § 11 nicht für so zwingend zu halten, daß Anstalten in § 10 so enge auszulegen sei. Wie in § 3 II 13, umfaßt dies Wort m. E. auch in § 10 II 17 jede Maßregel für die dort angegebenen Zwecke, also an sich auch Polizeiverordnungen. Nicht aus § 10 II 17, sondern aus dem besonderen § 6 II 13 folgt, daß der Erlaß von Polizeiverordnungen den Polizeibehörden entzogen, dem König vorbehalten ist. Fällt § 6 II 13 weg, so fällt von selbst auch das Polizeiverordnungsrecht unter die Zuständigkeit der Polizeibehörden.

Aus dieser Auffassung ergeben sich dann noch andere wichtige Abweichungen gegenüber den Ausführungen R.'s.

R. behauptet, § 10 II 17 berühre die pflegende und helfende, die des Zwanges entrathende Thätigkeit der Polizei in keiner Weise. Für uns dagegen folgt aus dem Begriff Amt, der Recht wie Pflicht der Behörden umgrenzt, daß die Polizeibehörden nach § 10 II 17 zwar alle Anstalten für die Zwecke der Aufrechterhaltung der Sicherheit ꝛc., auch des Zwangs entrathende, aber auch nur Anstalten für diese Zwecke, andere nur kraft besonderer, weiterer Bestimmung treffen dürfen. Und dieses wirkt wieder auf die Auffassung der späteren Entwicklung ein.

Mit R. nehmen wir an, daß die Verordnung vom 26. Dez. 1808 wegen verbesserter Einrichtung der Provinzial-, Polizei- und Finanzbehörden und die Instruction dazu für den Wirkungskreis der Landespolizeibehörden § 10 II 17 außer Kraft gesetzt hat, indem dieselbe diese Behörden berechtigt und verpflichtet, nicht allein allem vorzubeugen und solches zu entfernen, was dem Staat und seinen Bürgern Gefahr und Nachtheil bringen kann, mithin die nöthigen Anstalten zur Erhaltung und Ruhe, Sicherheit und Ordnung zu treffen, sondern auch dafür zu sorgen, daß das allgemeine Wohl befördert und erhöht werde und jeder Staatsbürger Gelegen-

Digitized by Google

heit habe, seine Fähigkeiten und Kräfte in moralischer sowohl als physischer Hinsicht auszubilden und auf die ihm zuträglichste Weise anzuwenden. Dadurch wird auch § 6 II 13 abgeändert und erhalten die Landespolizeibehörden auch das Polizeiverordnungsrecht. Den so umgestalteten Rechtszustand hält die Instruction vom 23. Okt. 1817 aufrecht. Für die Ortspolizei gilt grundsätzlich noch § 10 II 17 und § 6 II 13; die Macht der Verhältnisse durchbricht jedoch thatsächlich diese Schranken (P.V.R. S. 42). Das Gesetz über die Polizeiverwaltung vom 11. März 1850 hat die Polizeigewalt der Orts- und der Regierungspolizeibehörden geregelt, den Begriff der Polizei jedoch nicht bestimmt. Hieraus ergibt sich für uns, daß, hat der Polizeibegriff nicht aus anderen Gründen eine Aenderung erfahren, § 10 II 17 nun auch für das Polizeiverordnungsrecht der Ortspolizeibehörden Bedeutung hat. Dagegen läßt sich nicht sagen, daß er auch für die Polizeiverordnungen der Landespolizeibehörden gilt. Die Verordnung vom Jahre 1808 hat hinsichtlich der Regelung der Sicherheitspolizei § 10 II 17 inhaltlich ersetzt, also aufgehoben; § 10 II 17 ist demgemäß für die Landespolizeibehörden definitiv beseitigt gewesen, konnte mithin 1850 nicht ipso jure wieder in Kraft treten. An sich gilt hiernach für die Landespolizeibehörden der weitere Polizeibegriff fort. Eine andere Frage ist, ob man zur Bestimmung des Polizeibegriffes des Gesetzes von 1850 auf die älteren Polizeibegriffe überhaupt zurückgehen darf, nachdem das Gesetz selbst in keiner Weise historisch anknüpft. War unterdessen nicht ein neuer, Orts- und Landespolizei gleichmäßig umfassender Polizeibegriff entstanden? Die Erläuterungen zu dem Entwurfe des Gesetzes, den R. aus den amtlichen Akten abdruckt, sprechen dafür (S. 312). Allein, darf gesagt werden, daß dieser einheitliche Begriff der alte weite Polizeibegriff ist? Geht es an, in dieser Weise jene Erläuterungen zu verstehen, nachdem wir neben denselben die neuen Entwürfe des preußischen Strafgesetzbuches vom 14. April 1851 haben? Sprechen die Polizeiübertretungen dieser Entwürfe nicht für eine Einengung

Digitized by Google

des Polizeibegriffes? Ich glaube, um den allgemeinen Polizeibegriff des geltenden Rechtes begrenzen zu können, muß zunächst einmal versucht werden, die Grenzen der Polizeigewalt in den einzelnen Verwaltungsgebieten zu bestimmen. Mir scheint, als zöge die deutsche Rechtsanschauung den Polizeibegriff je nach dem Bedürfniß des einzelnen Verwaltungsgebietes bald enger bald weiter. Man beachte nur den Gegensatz: Bekämpfung der von Menschen und Bekämpfung der von der Natur drohenden Gefahren! —

Der Verf. wird selbst bedauern, daß Otto Mayer's bedeutsame Ausführungen zum allgemeinen Polizeibegriff (in dessen hervorragendem Werke „Deutsches Verwaltungsrecht: Erster Teil, 1895) gerade kurz nach Ausgabe seiner zweiten Auflage erschien und er so zu demselben in seinem Buche nicht mehr Stellung zu nehmen vermochte. Es wäre außerordentlich interessant gewesen, gerade des Verf. competentes Urtheil darüber in Zusammenhang mit dem preußischen Recht zu vernehmen.

Erlangen, März 1896. Rehm.

2. G. J. Rosenberg. Zur Arbeiterschutzgesetzgebung in Rußland. Leipzig Duncker und Humblot, 1895. 156 S.

Der Verfasser stellt nach einer historischen Einleitung den gegenwärtigen Stand des in Rußland geltenden Arbeiterschutzrechtes dar. Es ist ihm dabei weniger darum zu thun, die betreffenden Normen juristisch zu gestalten, als darum, ein Bild von der rechtlichen Lage des russischen Arbeiters, besonders des Fabrikarbeiters zu geben. Auch soll diese rechtliche Lage nicht nach jeder Richtung sondern nur eben in Bezug auf den sog. gewerblichen Arbeiterschutz bestimmt werden.

Einen Vorzug allgemeiner Natur möchte ich an dieser Schrift R.'s hervorheben. Sie tritt nicht auf unter der Etikette der in unserer Zeit unverhältnißmäßig ausgebreiteten Literatur der sog. Socialwissenschaft.

Digitized by Google

Diese Literatur hat sich neben dem Begriff „Staat", den sie nach Kräften ignorirt, einen Begriff „Gesellschaft" zurechtgemacht, der in mehr oder minder bestimmten, meist jedoch sehr unbestimmten Farben die Flagge bildet, unter welcher große und kleine Fahrzeuge ein und derselben Flotte socialwissenschaftlich einhersegeln.

Ich bestreite, daß es eine solche Wissenschaft giebt. Es giebt im Staat verschiedene gesellschaftliche Gruppen, die sich von einander vorwiegend durch ihre verschiedenen Berufsarten unterscheiden und von denen jede durch ein bestimmtes Maß besonderer gemeinsamer Berufsinteressen verbunden ist. Alle diese Klassen der Bevölkerung eines Landes haben indessen neben ihren besonderen Berufsinteressen auch gemeinsame Interessen. Für die Wahrnehmung dieser gemeinsamen Interessen giebt es keine höhere und überhaupt keine andere Vereinigung als den Staat. Es giebt für die Erfüllung dieser Aufgabe insbesondere keine „Gesellschaft". Wo wäre diese auch zu suchen? Etwa innerhalb des Staats? Es liegt kein Bedürfniß vor, zwischen Staat und Interessengruppen ein Drittes in Gedanken einzuschieben, was in Wirklichkeit nicht vorhanden ist. Oder ist es etwa vorhanden? Ist etwa das zufällige Sichfinden und Sichaussprechen, welches man vulgär Geselligkeit nennt, die Gesellschaft? Wäre das der Begriff, dann würde sich zeigen, daß von vereinzelten Ausnahmen abgesehen, jede Bevölkerungsklasse, die einen besonderen Interessenkreis darstellt, ihre eigene Geselligkeit hat, eine Gesellschaft für sich bildet.

Oder ist die „Gesellschaft" etwa außerhalb des Staats zu finden? Wir wollen sehen. In vielen Staaten finden sich gewisse, den gleichartigen Interessengruppen gemeinsame Interessemerkmale. Bilden etwa diese Merkmale die „Gesellschaft"? Ich sehe darin nur eine Summe gemeinsamer Merkmale, der eine Summe nicht gemeinsamer Merkmale gegenübersteht. Auch scheint mir, selbst angenommen, man könnte hierfür den Ausdruck „Gesellschaft"

Digitized by Google

passend finden, bei dieser Betrachtungsweise sofort eine Vielheit von Gesellschaften sich zu zeigen, die wiederum mit jenen Interessengruppen zusammenfiele. Es würden sich die Landwirthe, die Industriellen, die Arbeitgeber, die Arbeiter, die Beamten, die Offiziere, die Geistlichkeit in den für jede dieser Gruppen gemeinsamen Interessemerkmalen als internationale Gesellschaften darstellen.

Allein damit scheint jener wissenschaftliche Gesellschaftsbegriff sich nicht decken zu sollen; denn er soll offenbar etwas allgemein Zusammenfassendes bedeuten. Nun bliebe, wie mir scheint, nur noch übrig, die Gesammtheit der Staaten als Gesellschaft sich vorzustellen. Allein die Thatsachen lehren, daß in wirthschaftlichen wie in politischen Dingen viele Staaten gar keine Interessenberührung haben, andere wieder in ihren Interessen zum Theil Gemeinsamkeit, zum Theil Gegensätze aufweisen.

Eine Wissenschaft, welche ihre Lehrsätze auf thatsächliche Erscheinungen stützte und in deren Erklärung bestünde, ist also die sog. Socialwissenschaft nicht.

R.'s Verdienst ist, den Versuchungen, welche diese „Wissenschaft" bietet, widerstanden zu haben.

Seine Schrift ist eine Studie über russische rechtliche und ökonomische Verhältnisse und zwar eine recht gut geschriebene.

Für die in Deutschland schwebenden Fragen des Arbeiterschutzrechtes lernen wir nichts aus ihr. Allein das ist nicht Schuld des Verfassers. Er will nur russische Zustände schildern und diese sind, wie in anderen Dingen so auch hinsichtlich des dort bestehenden Gewerbepolizeirechtes für uns nicht vorbildlich.

Die Schrift zeigt, wie Rußland sich bemüht, einen Arbeiterschutz nach westeuropäischem Vorbild zu schaffen. Rußland hat eine Industrie unter dem protectionistischen System erhalten. Es hat wie andere Länder die physiokratische Wanderzeit durchgemacht und es hat auch sein Manchesterthum gehabt. In all diesen Entwicklungsstufen ist Rußland mehr als ein halbes Jahr-

Digitized by Google

hundert hinter Deutschland zurückgeblieben. Um die Mitte des 19. Jahrhunderts erfolgte die Aufhebung der Leibeigenschaft und die Freigebung der Gewerbe. Wie in anderen Ländern zeigte sich jedoch bald auch in Rußland die Unzweckmäßigkeit der vollen Vertragsfreiheit. R. illustrirt dies durch passende Beispiele.

Nun erhielt auch Rußland sein Gewerbepolizeirecht.

Leider beschränkt sich R. darauf, nur denjenigen Theil dieses Rechts darzustellen, der sich auf den Schutz der Arbeiter unmittelbar bezieht und zeigt er nicht auch die Zusammenhänge dieser Bestimmungen mit dem übrigen Gewerbepolizeirecht.

Es ist vielleicht ein Zug von „Philanthropie", der ihn dazu bestimmt, nur das zu sehen und zu zeigen, was unmittelbar den Schutz des Arbeiters gegen den in R.'s Augen stets habgierigen und ausbeuterischen Gewerbetreibenden betrifft (s. z. B. S. 123 a. E.).

Diese besondere Wärme für seine Sache verleitet ihn zu Urtheilen wie dem (S. 55): „Der erste Juni 1882 bedeutet den Anfang einer neuen Aera in der Geschichte der russischen Gesetzgebung. An diesem Tage wurde von Kaiser Alexander III. das erste Arbeiterschutzgesetz erlassen. Wie sich Alexander I. durch seinen Einzug in Paris, Alexander II. durch die Aufhebung der Leibeigenschaft ein ewiges Denkmal gesetzt, so hat Alexander III. durch diesen Grundstein zur socialen Gesetzgebung auch das Fundament für sein Ruhmesdenkmal im Andenken der Menschheit gelegt."

Wir folgen mit Interesse den Darlegungen des Verfassers (S. 59 ff.) über die gewerbepolizeilichen Bestimmungen zum Schutze der jugendlichen Arbeiter, welche in den Gesetzen vom 1. Juni 1882 und vom 26. Januar 1890 enthalten sind. Wir bedauern mit dem Verf. (S. 67 ff.) das Unzureichende in den Anordnungen, welche bisher zum Schutze der weiblichen Arbeiter in diesem letzteren Gesetze ergangen sind, allein wir zögern, ihm zuzustimmen, wenn er im Schlußwort (S. 154) meint, „ein aus-

Digitized by Google

gedehnter und wirklicher Schutz für die arbeitende Frau" würde der Arbeiterschutzgesetzgebung in Rußland schon „die Krone aufsetzen".

Für den Schutz der Arbeiter gegen Unfälle war in Rußland bis 1886 außer den Vorschriften aus den Jahren 1843, 1873 über Anlage und Controlle der Dampfkessel nichts geschehen. Ein Gesetz vom 3. Juni 1886 übertrug u. A. für bestimmte Gouvernements den allgemeinen Verwaltungsbehörden den Erlaß der zum Schutz des Lebens, der Gesundheit und der Moral der Arbeiter erforderlichen Vorschriften. Mit Recht bedauert R., über die Handhabung dieser Befugniß Näheres nicht mittheilen zu können. Einiges vermag er indessen über derartige Bestimmungen in Betreff der Arbeiterwohnungen anzugeben (S. 85).

Ein Gesetz vom Jahre 1884 sichert den jugendlichen Arbeitern die nöthige freie Zeit zum Schulbesuch. R. bemerkt dazu (S. 87) mit Recht, daß beim Mangel des gesetzlichen Schulzwanges und der unzureichenden Zahl vorhandener Schulen, jene Bestimmung für Rußland nicht volle Bedeutung habe.

Zur Sicherung des Arbeiterschutzes besteht außer strafrechtlichen Normen, deren Handhabung den Gerichten obliegt, eine Fabrikinspection, welche zum Theil nach den Gesetzen vom 1. Juni 1882 und 12. Juni 1884 durch besondere Fabrikinspectoren, zum Theil nach Gesetz vom 3. Juni 1886 durch eine bei der allgemeinen Verwaltungsbehörde des Gouvernements gebildete Fabrikbehörde gehandhabt wird. Beide Einrichtungen bestehen zur Zeit noch nicht für alle Gouvernements. R. erwähnt u. A. (S. 106) auch eine den Fabrikinspectoren gegebene Dienstinstruction des Finanzministers aus dem Jahr 1894. Darin soll ausgesprochen sein, daß für die Fabrikinspectoren nicht der Buchstabe des Gesetzes, sondern der Sinn zur Anwendung zu bringen sei. Es wäre nicht ohne Werth zu wissen, wie diese Vollzugsanordnung des Finanzministers im Wortlaute heißt. Daß bei Gesetzen nicht die Buchstaben sondern der Sinn der Worte angewendet werde, ist selbstverständlich, daß

Digitized by Google

der Finanzminister die Fabrikinspectoren anweise, einen anderen als den durch den Wortlaut ausgedrückten Sinn der Gesetze anzuwenden, scheint mir selbst für Rußland unwahrscheinlich.

Das schon oben erwähnte Gesetz vom 3. Juni 1886 regelt u. A. auch den Arbeitsvertrag. Für die Verdingung zu landwirthschaftlichen Arbeiten gilt ein besonderes Gesetz vom 12. Juni 1886.

Bemerkenswerth ist hieran besonders, daß die gesetzlichen Normen über den Inhalt des Dienstverhältnisses sich auf alle Arten von Fabrik- und Landarbeitern, nicht etwa nur auf Lehrlinge und Gesellen erstrecken.

Auch die Einrichtung der Verrechnungsbücher, welche ungefähr unseren Arbeitsbüchern entsprechen, ist eine allgemeine und ebenso diejenige der Hausordnungen, in welchen der Fabrikherr ähnlich wie in unseren Arbeitsordnungen einseitig Bestimmungen über das Dienstverhältniß trifft.

R. giebt auf S. 121 ff. interessante Aufschlüsse über die Schwierigkeiten, welche sich bei der Handhabung dieser Gesetze erhoben.

Die Maßregeln gegen Truck und Strike bestehen in Rußland vorwiegend in strafrechtlichen Normen. Doch sind dazu durch das Gesetz vom 3. Juni 1886 auch solche polizeilicher Natur hinzugekommen (S. 128 ff., 132 ff.).

Die spärlichen Normen über Haftpflicht, welche das russische bürgerliche Gesetzbuch enthält und der Mangel einer Gesetzgebung über Arbeiterversicherung sind für R. ein Gegenstand großen Bedauerns.

Zu all diesen gesetzlichen Maßregeln giebt R. einen volkswirthschaftlichen Commentar, der besonders durch die Verwerthung des freilich spärlichen, statistischen Materials an Anschaulichkeit gewinnt. Die Hauptbedeutung der Schrift beruht in diesen volkswirthschaftlichen Erörterungen und entzieht sich daher der Würdigung an dieser Stelle. R. Piloty.

Digitized by Google

3. Dr. Keil, Staatsanwalt. Die Landgemeindeordnung für die sieben östlichen Provinzen der Monarchie vom 3. Juli 1891 nach dem Inkrafttreten des Communalabgabengesetzes. Vom Standpunkte des privaten wie des öffentlichen Rechts aus erläutert. Freiburg i. B. und Leipzig 1896. Akademische Verlagsbuchhandlung von J. C. B. Mohr (Paul Siebeck). 531 S.

Als der Verein für Socialpolitik im Jahre 1890 bei der damals in Aussicht genommenen Reform der Landgemeindeverfassung sein Interesse den Verhältnissen der Landgemeinden in den östlichen Provinzen Preußens zuwandte, erschien als Band XLIII der Schriften des Vereins eine Untersuchung des Verfassers: „Die Landgemeinde in den östlichen Provinzen Preußens und die Versuche, eine Landgemeindeordnung zu schaffen". Die gründlichen geschichtlichen und wirthschaftlichen Untersuchungen des Verfassers befriedigten damals ein dringendes Bedürfniß und konnten namentlich noch bei den Berathungen über die Landgemeindeordnung verwerthet werden.

Nach diesen Vorstudien erscheint der Verfasser zur Bearbeitung eines Commentars zur Landgemeindeordnung besonders berufen. Wenn das Erscheinen des Buches, durch äußere Umstände veranlaßt, bis jetzt verzögert worden ist, so mag dies vorläufig seine Verbreitung etwas beeinträchtigen. Andrerseits hat aber nunmehr das Buch den Vorzug, vollständig auf der Höhe der Zeit zu stehen. Insbesondere konnten das Communalabgabengesetz vom 14. Juli 1893 und das Gesetz vom 29. Juni 1893 betreffend die Aenderung des Wahlverfahrens, die zum Theil tief in die Bestimmungen der Landgemeindeordnung eingreifen, vollständig Berücksichtigung finden.

Was den Keil'schen Commentar vor den anderen, theilweise hervorragenden Ausgaben der Landgemeindeordnung, wie denen von Freytag, Genzmer, Hahn, Halbey, besonders auszeichnet, ist der streng historische Charakter seiner Erörterungen. Diese Art der Commentirung ist von besonderem Werthe bei einem Gesetze, das vielfach unter Verkennung der historischen und wirthschaftlichen Ent-

Digitized by Google

wicklung nach der büreaukratischen Schablone bearbeitet ist, und bei dem der Praxis die Aufgabe erwächst, die Mängel des geschriebenen Rechtes durch eine gute Rechtsanwendung zu heben.

In dem ersten Theile der Einleitung: „Die Landgemeindeordnung als Schlußstein der Selbstverwaltungsreform" schildert der Verfasser die Entwicklung der Selbstverwaltung in Preußen seit der Städteordnung von 1808 aus der absolutistisch-feudalen Verwaltung heraus mit besonderer Berücksichtigung der Verhältnisse des flachen Landes in den östlichen Provinzen. Er steht dabei durchaus auf dem Boden der bekannten Gneist'schen Anschauungen über Wesen und Bedeutung der Selbstverwaltung und theilt mit Gneist die Ueberschätzung des Werthes der Selbstverwaltung. Auch der Ansicht, daß die Verwaltungsreform des flachen Landes in der Stein'schen Reformperiode mißlungen sei, weil das Selfgovernment eine wohlhabende Gentry mit ausreichender Muße und allen Gewöhnungen einer parlamentarischen Verfassung voraussetze, dürfte kaum zutreffen. Die Durchführung der Selbstverwaltung gelang in der Städteordnung von 1808 ganz vorzüglich. Auf dem flachen Lande war eine Verwaltungsreform aber erst möglich, nachdem die wirthschaftlichen Zustände beseitigt waren, deren nothwendige Folge nach der politischen Seite hin die patrimoniale Verwaltung war, d. h. nach vollständiger Lösung des gutsherrlich-bäuerlichen Bandes. Nicht, wie der Verfasser meint, der Umstand, daß Gneist die Nothwendigkeit der gesellschaftlichen Mitarbeit an den Aufgaben des constitutionellen Staates schlagend nachwies, machte dann seit den siebziger Jahren die Durchführung der Selbstverwaltung möglich, sondern die wirthschaftliche Befreiung des Bauernstandes vom Großgrundbesitze mußte schließlich auch die patrimoniale Verwaltung sprengen. Die lange Aufrechterhaltung derselben hatte aber das Prinzip des persönlichen Dienstes für Staat und Gemeinde in den modernen Staat hinübergerettet und verhinderte den Uebergang zu dem französischen Systeme der Bürgermeistereien.

Digitized by Google

Der zweite Theil der Einleitung behandelt das System der Landgemeindeordnung, der dritte die parlamentarischen Verhandlungen.

Der eigentliche Commentar giebt den Text in lateinischem, die Noten in deutschem Drucke. Ein durchweg deutscher Druck, vielleicht mit verschiedener Größe der Druckarten, würde das Auge mehr befriedigt haben. Auch die bloße Unterstreichung der durch das Communalabgabengesetz aufgehobenen Bestimmungen der Landgemeindeordnung und der Abdruck des Textes des ersteren Gesetzes am Schlusse erscheinen wenig praktisch. Die Methode von Brauchitsch, die neuen Bestimmungen, durch besonderen Druck ausgezeichnet, einfach an die Stelle der aufgehobenen zu setzen und sie mit dem übrigen Gesetze in gleicher Weise zu commentiren, hat sich in der Praxis der Verwaltungsbehörden am meisten bewährt und allgemein Eingang gefunden. Der vom Verfasser eingeschlagene Weg nöthigt die Verwaltungsbehörden, wenn sie auch für die Communalbesteuerung einer commentirten Gesetzesausgabe bedürfen, immer noch zur Anschaffung eines besonderen Buches, was für kleine ländliche Gemeindeverwaltungen immerhin in's Gewicht fällt.

Die Noten im Einzelnen lassen überall die gründlichen historischen Studien des Verfassers erkennen. Besonders in den Fällen, wo für die Entscheidung einer Frage auf frühere geschichtliche Verhältnisse zurückgegangen werden muß, wird man daher schwerlich den vorliegenden Commentar vergeblich zur Hand nehmen. Ebenso hat die Judicatur der obersten Gerichtshöfe und die Praxis des Ministeriums in ausgiebiger Weise für die Erläuterung Berücksichtigung gefunden. Auffallen könnte die geringe Verwerthung der dogmatischen Literatur des preußischen Rechtes. So ist S. VII und VIII von den vier vorhandenen Bearbeitungen des preußischen Staatsrechtes keine einzige, ebensowenig eins der Hand- und Lehrbücher des deutschen Verwaltungsrechts angeführt. Der Verfasser sieht sich daher (S. 69)

Digitized by Google

genöthigt, für die Frage der Nothwendigkeit einer Publication der Cabinetsordres Laband's Reichsstaatsrecht zu citiren, das natürlich hier gar nicht zutrifft, während die Frage in der Literatur des preußischen Rechtes ausführlich behandelt ist. Ebenso kennt Verfasser (S. 169) für das preußische Beamtenrecht nur Laband's Reichsstaatsrecht. Andrerseits sind die Ansichten von Gierke fortgesetzt in einem Umfange wiedergegeben, der, ohne den hervorragenden Verdiensten Gierke's um die Theorie des Genossenschaftsrechtes zu nahe zu treten, in einem vorwiegend für die Praxis bestimmten Buche doch wohl zu weit geht und diesem einen theoretisierenden Charakter giebt.

Gleichwohl ist dem Buche wegen der gründlichen wissenschaftlichen Untersuchungen, auf denen es namentlich nach der historischen Seite beruht, auch für die Praxis zu deren eigenem Nutzen ein dauernder Erfolg zu wünschen.

Berlin. Conrad Bornhak.

4. C. Büttner, Die Sonntagsruhe im Gewerbebetriebe und im Handelsgewerbe. Nach den reichsgesetzlichen und landesgesetzlichen Bestimmungen und Ausführungsverordnungen für Preußen, Bayern, Sachsen, Württemberg, Baden und Hessen bearbeitet und mit Erläuterungen versehen. Leipzig, A. Berger, 1895. 16½ B. 261 S.

Die Bestimmungen der Reichsgewerbeordnung über Sonntagsruhe in der Form eines besonderen, handlichen Commentars herauszugeben, ist nicht ganz unverdienstlich. Nur müßte die Zusammenstellung auch eine vollständige sein. Verfasser hat es übersehen, außer den §§ 41a, 55a, 105a—105i, 136, 137, 139b, 146a und 149 (mit § 151 Abs. I) auch den § 120, in welchem die Beschränkungen des gewerblichen Fortbildungsunterrichtes mit Rücksicht auf die Sonntagsruhe geregelt sind, in die Ausgabe mitaufzunehmen. Dagegen hat er, was besonders hervorzuheben ist, die neben den reichsgesetzlichen Bestimmungen fortgeltenden, landesrechtlichen Vorschriften über Sonntagsruhe im Wortlaute

Digitized by Google

und vollständig für die im Titel des Buchs angeführten Staaten beigegeben. Leider hat er sich in seinen Noten auf die Erläuterung des Reichsrechts und der Ausführungsbestimmungen beschränkt und bei den landesrechtlichen Vorschriften nicht einmal angegeben, in welchem Umfang dieselben durch das Reichsrecht beeinflußt worden sind. Indessen hat die Zusammenstellung des Landesrechts mit dem Reichsrecht auch so einigen Werth. Die „commentatorischen Erläuterungen sind kurz und zeugen von Verständniß für das Bedürfniß der Praxis. Um dieses Bedürfniß völlig zu befriedigen, reichen sie allerdings nicht aus. Die Commentare von Landmann und Schenkel bieten weit mehr.

Robert Piloty.

5. Eger Georg, Invaliditäts- und Altersversicherungsgesetz vom 22. Juni 1889 mit dem Abänderungsgesetz vom 8. Juni 1891. Nebst einem Anhang. 2. Auflage. Berlin, O. Liebmann, 1893. 16 B. 256 S.

Der im Gebiet des Eisenbahnrechtes ebenso unermüdlich wie erfolgreich thätige Schriftsteller hat mit diesem kleinen Commentar eine ganz brauchbare Taschenausgabe des Invaliditäts- und Altersversicherungsgesetzes geliefert. Die kurzen Noten, welche er dem Text des Gesetzes beigibt, zeugen im Ganzen von Verständniß für das nicht ganz leicht zu interpretirende Gesetz und von Bekanntschaft mit der einschlägigen Rechtsprechung. Die Ausgabe ist daher für den praktischen Gebrauch zu empfehlen. Leider sind die Citate der Rechtsprechung des Reichsversicherungsamtes — die Rechtsprechung der Landesversicherungsämter ist, soviel ich sehe, nicht berücksichtigt — und die übrige Verwaltungsrechtsprechung nicht nach der Reger'schen Sammlung, welche alle einschlägigen Bescheide und Entscheidungen des Reichsversicherungsamtes enthält, sondern nach den Originalsammlungen citirt. Die praktische Handhabung der Ausgabe wird dadurch beeinträchtigt.

Bei Auslegung des § 30 kommt E. in Note 178 zu einem

Digitized by Google

Satz, der durch seine Ungenauigkeit leicht zu einer irrigen Auslegung des Gesetzes verleiten könnte.

§ 30 gibt den weiblichen Personen, welche sich verheirathen, unter bestimmten Voraussetzungen einen Anspruch auf Erstattung der Hälfte der für sie bisher geleisteten Beiträge.

Die Voraussetzungen, unter welchen die in den Ehestand tretende Versicherte solchen Erstattungsanspruch erhält, sind zum Theil im Gesetz ausdrücklich genannt. Eine Voraussetzung jedoch wird als selbstverständlich d. i. aus dem Sinne der Bestimmung von selbst sich ergebend verschwiegen.

Das Gesetz sagt ausdrücklich, daß die weibliche Person den Anspruch nur erhält:

1. wenn sie sich nicht bereits im Genuß einer Rente befindet,

2. wenn für sie während mindestens fünf Beitragsjahren, d. i. während der gesetzlichen Wartezeit, Beiträge entrichtet worden sind.

Für die Entstehung des Erstattungsanspruches ist ferner, obgleich dies nicht ausdrücklich angeordnet ist, bedingend, daß die Frau mit der Verheirathung aus der Versicherung ausscheide.

Es ergibt sich dies aus der Natur der Erstattungsansprüche selbst. Dieselben haben zwar nicht geradezu die Natur von Versicherungsansprüchen. Die erstatteten Beiträge sind keine Versicherungssumme. Die Verheirathung wird nicht als ein Unglücksfall zu betrachten sein, für welchen das Gesetz Schadenersatz gewährt.

Eher könnte man noch daran denken, daß das Gesetz hier eine Mitgift aus den Mitteln der Versicherung zusage. Dieser Gedanke findet sogar eine Stütze in den begründenden Worten des Commissionsberichtes, wo es (S. 98) u. A. heißt: „Auch werde es von Werth für diese weiblichen Personen sein, bei ihrer Verheirathung eine, wenn auch unbedeutende Summe baaren Geldes zu erhalten und in die Ehe mit einzubringen.“ Allein das Wesen dieser Ansprüche ist damit keineswegs völlig gekennzeichnet. Die

Digitized by Google

Invaliditäts- und Altersversicherung ist nicht etwa nebenbei auch eine Mitgiftversicherung für weibliche Personen.

Stellen die geleisteten Beiträge im Fall der Verheirathung sich auch hinterher als eine Art Spareinlage heraus, so ändert dies doch daran nichts, daß sie von vornherein als Versicherungsbeiträge für die Fälle der Invalidität und des Alters und für nichts Anderes geleistet worden sind.

Die Erstattung von Beiträgen beruht vielmehr auf einem anderen Gedanken, der freilich dem reinen Wesen der Versicherung fremd ist. Die Versicherung ist wesentlich, daß dem Risico des Versicherers ein Risico des Versicherten gegenübersteht. Der Versicherer riskirt, die Versicherungssumme leisten zu müssen, auch wenn sie durch Beiträge für den bestimmten Versicherten nicht gedeckt ist; der Versicherte riskirt, die Beiträge zahlen zu müssen, ohne jemals eine Versicherungssumme zu erhalten. Dem reinen Wesen der Versicherung widerspricht es nun ebenso, eine Rückzahlung der Beiträge eintreten zu lassen, wenn aus irgend einem Grunde für den Versicherten die Aussicht auf die Versicherungssumme wegfällt, wie es dem Wesen der Versicherung fremd ist, daß der Versicherer etwa die Versicherungssumme nicht ganz zu leisten hätte, weil die geleisteten Beiträge des Versicherten dieser Summe nicht gleichkommen.

Eine Erstattung der Beiträge an den Versicherten hätte vollends keinen Sinn, solange das Versicherungsverhältniß fortdauert. Sie ist als Ausnahme erträglich in Fällen, in denen nach erworbener Anwartschaft das Versicherungsverhältniß endigt. Aber es ist nicht zu übersehen, daß es sich dabei stets um eine Ausnahme handelt, um eine Concession an den in die Rechtsform der Versicherung gefaßten Versorgungszweck.

Daß dies der Sinn des Gesetzes sei, ergibt sich schon daraus, daß im letzten Satz des § 30 an die Geltendmachung des Erstattungsanspruches die Beendigung der bisher erworbenen Anwartschaft geknüpft ist. Diese Anwartschaft kann, wenn sie einmal erworben ist, nur mit dem Versicherungsverhältniß selbst endigen.

Digitized by Google

Das Gesetz hebt dies ausdrücklich hervor, indem es das Versicherungsverhältniß, auf welchem die nunmehr endigende Anwartschaft beruhe, als ein „früheres", also zur Zeit der Geltendmachung des Anspruchs auf Beitragserstattung nicht mehr vorhandenes bezeichnet.

In den analogen Erstattungsansprüchen der Hinterbliebenen auf Grund des § 31 ist ebenfalls die Endigung des Versicherungsverhältnisses, nämlich durch Tod des Versicherten, Voraussetzung der Erstattungsansprüche.

Endlich ist der Erstattungsanspruch der Verheiratheten im Commissionsbericht damit begründet, daß es eine Ungerechtigkeit wäre, für weibliche Personen die Beiträge ohne allen Nutzen für die Versicherten zu lassen, wenn dieselben eine Ehe eingingen. Würde das Versicherungsverhältniß nach eingegangener Ehe fortdauern, so wären ja die bis dahin gezahlten Beiträge nicht ohne allen Nutzen, sie würden zur Begründung eines etwaigen, späteren Versicherungsanspruches dienen.

Nach alledem ist wohl kein Zweifel, daß das Gesetz den Erstattungsanspruch aus § 30 an die Voraussetzung des beendigten Versicherungsverhältnisses knüpfe.

Nun sagt E. in Note 178 nicht nur nichts von dieser Voraussetzung. Er behauptet sogar, daß der Anspruch nicht ausgeschlossen werde, wenn die weibliche Person „weiter eine versicherungspflichtige Beschäftigung hat". Dies ist zum Mindesten ungenau gesagt. Es ist nur ungenau, wenn E. stillschweigend annimmt, daß die weitere versicherungspflichtige Beschäftigung die Begründung eines neuen Versicherungsverhältnisses nach Abschluß der Ehe bedeute. Die Eingehung eines solchen Verhältnisses ist selbstverständlich jederzeit freigegeben. E's. Behauptung ist aber unrichtig, wenn er damit die Fortdauer des bisherigen Versicherungsverhältnisses meint. Eine deutlichere Sprache des Commentators ist da besonders erwünscht, wo das Gesetz wie hier seinem Sinne nicht den vollkommen entsprechenden Ausdruck verleiht.

Robert Piloty.

Digitized by Google

Inhalt. (Fortsetzung.)

V. Staatsrecht. Seite

1. **Rosin, Heinrich, Das Polizeiverordnungsrecht in Preußen.** Zweite, neubearbeitete Auflage. Berlin. 1895. Guttentag. Von Rehm . . 488
2. **Rosenberg, G. J., Zur Arbeiterschutzgesetzgebung in Rußland.** Leipzig. 1895. Duncker & Humblot. Von Piloty 493
3. **Keil, Dr., Die Landgemeindeordnung für die 7 östlichen Provinzen der Monarchie vom 3. Juli 1891 nach dem Inkrafttreten des Kommunalabgabengesetzes.** Vom Standpunkte des privaten wie des öffentlichen Rechts aus erläutert. Freiburg i. B. 1896. Mohr. Von Bornhak 499
4. **Büttner, C., Die Sonntagsruhe im Gewerbebetriebe und im Handelsgewerbe.** Nach den reichsgesetzlichen und landesgesetzlichen Bestimmungen und Ausführungsverordnungen für Preußen, Bayern, Sachsen, Württemberg, Baden und Hessen bearbeitet und mit Erläuterungen versehen. Leipzig. 1895. Berger. Von Piloty 502
5. **Eger, Georg, Invaliditäts- und Altersversicherungsgesetz vom 22. Juni 1889 mit dem Abänderungsgesetz vom 8. Juni 1891.** Nebst einem Anhang. 2. Auflage. Berlin. 1893. Liebmann. Von Piloty . 503

Die bisher im Verlage von R. Oldenbourg in München erschienene

Kritische Vierteljahresschrift

für

Gesetzgebung und Rechtswissenschaft

ist mit der **Dritten Folge** an die unterzeichnete Verlagshandlung übergegangen. In die Redaktion, welche zuletzt von den Herren A. von Bechmann und M. von Seydel geführt wurde, sind die anderen auf dem Umschlagtitel genannten Mitglieder der Münchener Juristenfakultät eingetreten.

Die Beiträge der Herren Mitarbeiter werden honorirt. Dieselben erhalten 10 Separatabzüge ihrer Beiträge ohne besondere Paginirung gratis geliefert und nach Erscheinen des betreffenden Heftes von der Verlagshandlung franko zugesandt. Eine größere Anzahl von Separatabzügen kann nur nach Verständigung mit der Verlagshandlung angefertigt werden. Die Manuskripte müssen in vollständig druckfertigem Zustand eingeliefert werden.

Die Zeitschrift erscheint jährlich in 4 Heften zu je 10 Bogen, welche einen Band bilden. Der Abonnementspreis eines Bandes beträgt M. 14.—.

Einzelne Hefte werden nur zu erhöhtem Preise abgegeben. Abonnements nehmen alle Buchhandlungen und Postanstalten entgegen.

Recensionsexemplare bittet man an die Zweigniederlassung der Unterzeichneten in Leipzig, Querstraße 21 einzusenden.

Freiburg i. B., 1. Juli 1895.

Akademische Verlagsbuchhandlung von J. C. B. Mohr

(Paul Siebeck)

in Freiburg i. B. und Leipzig.

Digitized by Google

Akademische Verlagsbuchhandlung von J. C. B. Mohr (Paul Siebeck)
in Freiburg i. B. und Leipzig.

Bayerisches Staatsrecht.

Von

Dr. **M. von Seydel,**

Professor an der Universität München.

Zweite, durchgesehene Auflage

in 4 Bänden.

Lex. 8. 1896. M. 70.—. Gebunden M. 80.—.

Verlag von Gustav Fischer in Jena.

Soeben erschien:

Dr. Ferdinand Kniep,

Professor der Rechte in Jena.

Societas Publicanorum.

Erster Band.

Preis 12 Mark.

Verlag von Gustav Fischer in Jena.

Soeben erschien:

Dr. Ernst Heymann,

Privatdocent an der Universität Berlin.

Die Grundzüge des gesetzlichen Verwandten-Erbrechts

nach dem

Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich.

(Reichstagsvorlage.)

Preis 2 Mark.

Diese Abhandlung bildet zugleich das erste Heft des ersten Bandes der

Abhandlungen zum Privatrecht und Civilprozess des deutschen Reiches

herausgegeben von

Professor Dr. Otto Fischer in Breslau.

Die „Abhandlungen" erscheinen in zwanglosen Heften, deren jedes einzeln, **aber nur zu erhöhtem Preise,** käuflich ist. Für die Abnehmer der ganzen Sammlung werden die Hefte in Bänden zu etwa 40 Bogen Umfang zusammengefasst, denen alsdann ein Bandtitel und ein Inhaltsverzeichnis beigegeben wird. Der Preis eines Bandes beträgt 12 Mark.

Druck von C. A. Wagner in Freiburg i. B.

Digitized by Google

Kritische Vierteljahresschrift

für

Gesetzgebung und Rechtswissenschaft

herausgegeben von

DrDr. A. von Bechmann, F. Hellmann, K. von Maurer,
M. von Seydel und E. Ullmann,
Professoren der Münchener Juristenfakultät.

(Fortsetzung der kritischen Ueberschau der deutschen Gesetzgebung und Rechtswissenschaft und der Heidelberger kritischen Zeitschrift.)

Dritte Folge. Band II.

(Der ganzen Folge XXXVIII. Band.)

Viertes Heft.

Freiburg i. B. und Leipzig, 1896.
Akademische Verlagsbuchhandlung von J. C. B. Mohr
(Paul Siebeck).

Digitized by Google

Inhalt.

I. Civilrecht. Seite

1. Stobbe, Otto, Handbuch des Deutschen Privatrechts, 2. Band, 3. Auflage, neu bearbeitet von H. O. Lehmann, 1. Halbband. Berlin 1896. Von G. Frommhold 507
2. Reatz, C. F., Die Litteratur über den Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Leipzig, Hinrichs, 1895.
3. Gareis, Carl, Die Litteratur des Privat- und Handelsrechts 1884 bis 1894. Leipzig, Hinrichs, 1896 514

Von E. Jaeger.

II. Handelsrecht.

1. Canstein, Dr. R. Frhr. v., Lehrbuch des Oesterreichischen Handelsrechts. Berlin, Heymann, 1895. Von H. Staub 516
2. Pollitzer, Franz, Das österreichische Handelsrecht, systematisch dargestellt. Ein Leitfaden für Studirende. Wien, Manz, 1895 534
3. Gareis, Carl, Das deutsche Handelsrecht, ein kurzgefaßtes Lehrbuch des im Deutschen Reiche geltenden Handels-, Wechsel- und Seerechts. Fünfte, neudurchgearbeitete und vielfach veränderte Auflage. Berlin, J. Guttentag 1895.
4. Cosack, Conrad, Lehrbuch des Handelsrechts. Dritte, umgearbeitete Auflage. Stuttgart, F. Enke, 1895 544

Von E. Jaeger.

III. Civilproceß.

1. Kretschmar, Die auf den Civilproceß bezüglichen Normen des rheinpreußischen Landesrechts, im Anschlusse an die Reichscivilproceßordnung dargestellt. Freiburg i. B. u. Leipzig, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1895. Von E. Jaeger 551

IV. Strafrecht.

1. Die Strafgesetzgebung der Gegenwart in rechtsvergleichender Darstellung. Herausgegeben von F. v. Liszt. I. Band. Das Strafrecht der Staaten Europas. Berlin, Liebmann, 1894. Von Kleinfeller 560
2. Stenglein, M., Die strafrechtlichen Nebengesetze des Deutschen Reiches. Zweite, vermehrte und wesentlich veränderte Auflage. Berlin, Otto Liebmann, 1896. Von Ullmann 561
3. Groschuff, K., Eichhorn, G. und Delius, H., Die Preußischen Strafgesetze. Berlin, Otto Liebmann, 1894. Von Ullmann 562
4. Makarewicz, Juliusz, Das Wesen des Verbrechens. Eine criminalsociologische Abhandlung auf vergleichender und rechtsgeschichtlicher Grundlage. Wien, Manz, 1896. Von L. Oppenheim 563

V. Staatsrecht.

Oesterreichische Verfassungsgeschichte.

1. Luschin von Ebengreuth, A., Oesterreichische Reichsgeschichte. (Geschichte der Staatsbildung, der Rechtsquellen und des öffentlichen Rechts.) Ein Lehrbuch. 1. Hälfte. Die Zeit vor 1526. Bamberg, Buchner, 1895.
2. Zachmann, A., Lehrbuch der österreichischen Reichsgeschichte. (Geschichte der Staatsbildung und des öffentlichen Rechts.) Ein Lehrbuch. I. Hälfte. Prag, Rohlicek & Sievers, 1896.
3. Werunsky, E., Oesterreichische Reichs- und Rechtsgeschichte. Ein Lehr- und Handbuch. Erste Lieferung. Wien, Manz, 1894.
4. Schwind, E. Frhr. v. und Dopsch, A., Ausgewählte Urkunden zur Verfassungsgeschichte der deutsch-österreichischen Erblande im Mittelalter. Innsbruck, Wagner, 1895.
5. Zeidler, G., Studien zur Geschichte und Dogmatik des österreichischen Staatsrechtes. I. Einleitende Uebersicht über die öffentlich-rechtlichen

Digitized by Google

I.

Civilrecht.

1. Otto Stobbe, Handbuch des Deutschen Privatrechts, 2. Band, 3. Auflage, neu bearbeitet von H. O. Lehmann, 1. Halbband, Berlin 1896.

Ein Werk von der Bedeutung des Stobbe'schen Handbuchs des Deutschen Privatrechts nach dem heutigen Stande der Wissenschaft neu zu bearbeiten ist ein schwieriges, aber ehrenvolles Unternehmen: gilt es doch die Ergebnisse eines erstaunlichen Fleißes und ausgedehnten Wissens in unserer raschlebigen Zeit vor allzufrüher Vergessenheit zu retten und eine Fülle trefflicher Gedanken unserem deutschen Rechtsleben fort und fort fruchtbringend zu erhalten, und wer ein solches Werk übernimmt, darf von vornherein aufrichtigen Dankes gewiß sein. Das von anderer Seite geäußerte Bedauern über „den immer weiter einreißenden Mißbrauch der Neubearbeitungen alter Werke" kann ich nicht theilen: ist mir doch auch das wiederhergestellte Gemälde eines alten Meisters werthvoller als die Pinseleien so mancher Modernen, und die Darstellung eines classischen Dramas bereitet mir einen höheren Genuß als die Erzeugnisse der meisten zeitgenössischen Dichter. Und ähnlich liegt die Sache, meine ich, auf dem Gebiete der wissenschaftlichen Litteratur. Mit Recht fand daher schon die Herausgabe des ersten Bandes des Stobbe'schen Buches in dritter Auflage durch den Reichsgerichtsbibliothekar Professor K. Schulz allgemeine, dankbare Anerkennung. Während sich aber dessen Arbeit auf das noch vom

Digitized by Google

Verfasser selbst druckfertig vorbereitete Manuscript stützen und sich dem Inhalte des Bandes entsprechend auf eine Ergänzung der Litteraturangaben beschränken durfte, mußte für die folgenden Bände, für welche mit Ausnahme einer Anzahl im Handexemplar zugefügter Citate keine Vorarbeiten des Verfassers mehr vorhanden sind, eine völlige Neubearbeitung in's Auge gefaßt werden. Dieser Aufgabe hat sich H. O. Lehmann unterzogen und die erste Hälfte des zweiten Bandes nunmehr vorgelegt.

Ein flüchtiger Blick darauf zeigt uns bereits, daß wir es hier mit einem fast ganz neuen Buche zu thun haben: schon der äußere Umfang ist ein um das Doppelte erweiterter. Und die Kenntnißnahme des Inhalts überzeugt uns, daß aus dem Stobbe'schen Buche in ähnlicher Weise, wie dies bei der Förster-Eccius'schen Bearbeitung des preußischen Privatrechts geschehen, ein nicht bloß der Form, sondern auch dem Inhalte nach anderes vortreffliches Werk geworden ist, das die Individualitätsmerkmale der zugrundeliegenden Arbeit nur noch in beschränktem Maße erkennen läßt. Es gewährt einen besonderen Reiz zu sehen, wie Lehmann sich in die Stobbe'schen Gedanken vertieft, sie dann die von ihm vorgezeichneten Wege geführt und den heutigen wissenschaftlichen Bedürfnissen entsprechend ausgebaut hat, z. B. in der Lehre von der Gewere, die eine völlige Umgestaltung erfahren mußte. Eine Haupteigenthümlichkeit des Stobbe'schen Werkes, die ihm auch zugleich seinen hohen Werth verlieh, die einleitende geschichtliche Darstellung der einzelnen Rechtsinstitute ist von Lehmann mit Recht beibehalten; aber auch die geschichtlichen Abschnitte sind durchgearbeitet und bis heute, bis auf den Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich ergänzt und fortgeführt.

So verdient Lehmann's Werk zweifellos die volle Anerkennung aller Fachgenossen. Wir müssen aber nach dieser allgemeinen Betrachtung noch zwei Punkten unsere Aufmerksamkeit zuwenden, in denen die eigene Arbeit Lehmann's eine besondere

Digitized by Google

Bedeutung erlangt: die Systematik und die Erörterung juristischer Grundbegriffe. Wenngleich die Stoffanordnung natürlich in der Ansicht eines Verfassers über die rechtlichen Grundbegriffe wurzelt und von dieser abhängt, dürfen wir doch die Betrachtung der Systematik hier vorausschicken, da es sich für uns wesentlich nur um einen Punkt handelt, den die Lehmann'sche allgemeine Grundlegung nicht berührt. Während nämlich Stobbe das Recht der Bergwerke und der Privatgewässer zusammen mit dem Recht der Lehn-, Ritter- und Bauerngüter als Recht besonderer Güterarten im letzten Capitel des Immobiliarsachenrechts, das Jagd- und Fischereirecht aber in der Lehre vom Erwerb des Eigenthums an Mobilien behandelte, faßt L. diese letzteren Rechtsmaterien und das Bergrecht mit anderen unter dem Begriff dinglicher Aneignungsrechte zusammen und verweist das Wasserrecht unter die Eigenthumsbeschränkungen. Zu Gunsten einer richtigen Systematisirung, die ja gerade für das deutsche Privatrecht sehr schwierig ist, kann man sich wohl mit diesem Verfahren einverstanden erklären, obschon auch bei solcher Anordnung manche Lehren aus ihrem Zusammenhange genommen und an geeigneter Stelle eingereiht werden müssen, wie z. B. die Grundsätze über die Knappschaften und die Fischerei in Privatgewässern. Immerhin berechtigt doch der Kern aller dieser Rechtsmaterien im Einzelnen zu solcher Gruppirung. Erheblichere Bedenken erregt m. E. die formale Folgerung, die L. hieraus ziehen zu müssen glaubte: da nämlich durch die Heraushebung dieser Aneignungsrechte das ohnehin nicht sehr umfangreiche Mobiliarsachenrecht stark zusammenschrumpfte, hielt es L. für richtiger, die Sonderdarstellung des Mobiliarsachenrechts, wie sie Stobbe am Schlusse des Buches gab, ganz aufzugeben und die wenigen verbleibenden Paragraphen in die vorangehenden, bisher dem Immobiliarsachenrecht allein gewidmeten Abschnitte zu verweben (Vorwort S. IV). Es ist richtig, daß durch ein solches Verfahren die Darstellung sehr gewinnen mußte und durch die kundige Hand des Verfassers auch gewonnen

Digitized by Google

hat, Verweisungen und Wiederholungen konnten dadurch vermieden werden; auch würde für ein System des gesammten geltenden Privatrechts diese Ordnung als die allein richtige angesehen werden müssen. Ihre Anwendung aber für das deutsche Privatrecht scheint mir das germanistische Princip der Scheidung des Mobiliar- und Immobiliarsachenrechts, dessen Bedeutung L. selbst hervorhebt (§ 79 S. 86 ff.), doch etwas zu gefährden. Ich gebe zu, daß, solange die Handhabung dieses Systems so vorsichtig und besonnen wie durch L. stattfindet, diese Gefahr nicht sehr groß ist: denn L. sucht ihr dadurch wirksam zu begegnen, daß er an den geeigneten Stellen das Recht der Mobilien gesondert behandelt (z. B. §§ 102 und 109) und andererseits in der Gesammtdarstellung der dinglichen Rechte immer wieder das Recht des Grundbesitzes besonders heraushebt (z. B. §§ 80 f., 95, 100—103, 105—107, 115, 122). Immerhin hat doch das Immobiliarrecht die ihm m. E. auch im System des deutschen Privatrechts gebührende herrschende Sonderstellung eingebüßt, und es könnte dies von Anhängern des Nivellirungsprincips ausgebeutet werden, eine Consequenz, die zu bekämpfen L. gewiß unter den Ersten bereit sein würde. Die Differenz zwischen seiner Auffassung und der des Referenten ist somit keine sachliche, sondern formaler Natur, wenn man will, eine rechts- oder wissenschaftspolitische.

Der zweite Punkt, der besondere Hervorhebung erfordert, ist die Erörterung juristischer Grundbegriffe, welche der Darstellung der dinglichen Rechte vorausgeht. L.'s Verdienste um die Klärung der schwierigen grundlegenden Begriffe müssen hier um so mehr geschätzt werden, als es bisher, mit Ausnahme des Gierke'schen Werkes, in den Lehr- und Handbüchern des deutschen Privatrechts stets an einer gründlichen Untersuchung dieser Lehren fehlte und der Germanist daher gezwungen war, aus den rechtsphilosophischen Werken und den Pandektenlehrbüchern zu schöpfen. L.'s Ausführungen hierüber sind durchaus original, scharfsinnig und zu eigenem Nachdenken anregend. Versuchen wir seine Er-

Digitized by Google

gebnisse hier kurz wiederzugeben. L. stellt von den Grundbegriffen des Rechts dreierlei Definitionen auf: Formal-, Real- und Idealdefinitionen. Aus den einzelnen Definitionen selbst und aus verstreuten Bemerkungen darüber (vgl. z. B. S. 2 Anm. 3, S. 9 Anm. 2, S. 17) entnehmen wir, daß wir unter der Formaldefinition des Rechts zu verstehen haben eine Definition des Rechts lediglich nach seiner äußeren, formalen Erscheinung und unter der Realdefinition eine sein eigentliches inneres Wesen erfassende Begriffsbestimmung; die Idealdefinition ergiebt sich aus der ethischen Auffassung des Rechts. L.'s Formaldefinition des objectiven Rechts lautet hiernach (S. 1): Recht im objectiven Sinn ist der Inbegriff der von einer constituirten Gemeinschaft für das äußere Verhalten der Menschen als verbindlich anerkannten Normen. In der Realdefinition tritt hinzu der auf die Förderung des Güterbesitzes der Menschen gerichtete Zweck des Rechts, so daß die Rechtsordnung als die Ordnung für das Verhalten der Menschen rücksichtlich der Güter, als rechtliche Güterordnung erscheint (S. 16, 17). Das Ideal des Rechts endlich ist der Inbegriff der Normen, welche eine öffentliche Gemeinschaft zur Durchführung der ihr nach der Weltordnung zukommenden sittlichen Aufgaben als allgemein verbindlich anerkannt hat (S. 70). Mit Recht betont L. die imperativische Natur aller Rechtssätze und gründet sie auf den Willen, wenn er auch die Definition des Rechts als „allgemeinen Willens" als zu weit gehend ablehnt. Zutreffend ist es auch, lediglich das äußere Verhalten der Menschen dem Rechte zuzuweisen und die Anerkennung der Rechtssätze als Normen durch die Gemeinschaft zu fordern. Was aber bedeutet es, daß das Recht von einer constituirten Gemeinschaft anerkannt sein muß, in welchem Momente L. den Unterschied des Rechts von der Sitte findet, die von der nicht constituirten Gesellschaft anerkannt werde? Constituirte Gemeinschaft kann jedenfalls nicht sein eine mit irgend einer, sei es auch noch so dürftigen Verfassung ausgestattete Gemeinschaft: denn jede Verfassungsnorm ist Rechtsnorm, und auch eine formale

Digitized by Google

Definition des Rechts dürfte daher sich nicht auf etwas stützen, was eben erst erklärt werden soll. Auch eine zu einem bestimmten Zwecke gebildete Gemeinschaft kann nicht gemeint sein, da das Zweckmoment in die Realdefinition gehört. Anderwärts (S. 70, 72) gebraucht L., offenbar in gleicher Bedeutung, den Ausdruck „öffentliche Gemeinschaft". Hieraus dürfen wir wohl schließen, daß constituirte Gemeinschaft nur das Wort Gemeinschaft näher erläutern und eine gewollte, nicht zufällig oder natürlich gebildete Gemeinschaft bezeichnen soll. Dann aber muß der Unterschied des Rechts von der Sitte auf anderem Gebiete liegen, denn auch eine Sitte kann sich m. E. nur in einer durch den Willen der Genossen begründeten Gemeinschaft bilden; in einem zufällig zusammengewürfelten Menschenhaufen wird sich keine Sitte entwickeln, und das übereinstimmende sittliche Handeln von Genossen einer natürlichen Gemeinschaft (z. B. Familie) beruht auf Naturgesetzen (Nachahmungstrieb). Ich meine allerdings mit Gierke, daß die sittliche Norm grundsätzlich nur das innere Verhalten der Menschen regelt, und daß sie in diesem Sinne eine Vorstufe des Rechts bildet.

Zu einer principiellen Unterscheidung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht, mit welcher sich die Wissenschaft bisher vergeblich abmühte, gelangt L. sodann durch eine Unterscheidung der Güter, deren Ordnung das Recht bezweckt, in persönliche Güter, welche in einem persönlichen Daseinszustande bestehen, und äußere Güter, welche in einer Beziehung zu einem beherrschbaren äußeren Object bestehen (S. 22). Neben dieser Eintheilung geht eine zweite her: Güter, die dem einzelnen Menschen an sich, unabhängig von einer Gemeinschaft, zustehen (originäre Güter) und Güter, welche erst durch die Gemeinschaft geschaffen sind, ohne diese nicht bestehen würden (abgeleitete Güter) (S. 24, 25). Es zeigt sich nun, daß die Regelung der originären äußeren Güter ausschließlich Sache des Privatrechts ist, während die alle übrigen Güter betreffenden Normen dem öffentlichen Recht angehören. L.

Digitized by Google

hat damit zuerst einen, wie ich glaube, richtigen principiellen Unterschied zwischen öffentlichem und Privatrecht aufgedeckt. Bei der weiteren Eintheilung ist bemerkenswerth, daß das Güterrecht außer dem Sachenrecht auch die Normen über die Gebilde menschlicher Geistesthätigkeit (Immaterialgüter) umfaßt (S. 33, 34), und daß die Gewerbe- und Zwangsrechte dem öffentlichen Rechte zugewiesen werden.

Auch über das Recht im subjectiven Sinne verbreitet L. volles Licht: es ist, formal definirt, die subjective Seite der Berechtigungsbeziehung zu einem bestimmten rechtmäßigen Verhalten, das Recht auf eigenes Verhalten heißt Befugniß, das Recht auf fremdes Verhalten Anspruch; Rechte im subjectiven Sinne sind also Befugnisse und Ansprüche (S. 48, 49), während die Realdefinition das Recht i. s. S. kurz als die Befugniß einer Person zum Genuß (zur Verwendung) eines bestimmten Gutes bezeichnet (S. 54) und die ethische Definition das höhere Ziel, die Erreichung sittlicher Lebensaufgaben hinzufügt (S. 72). Unter Verwerthung der früher gefundenen Ergebnisse gewinnt L. nun auch eine befriedigende Eintheilung der Privatrechte in Befugnisse zu eigenem Verhalten des Berechtigten in Bezug auf äußere Güter (unmittelbare Güterrechte) und in Ansprüche auf fremdes Verhalten in Bezug auf für den Berechtigten äußere Güter (Obligatorische Rechte) (S. 58—61). Die Erörterung, in der sich überall das Streben nach Klarheit in scharfer, knapper Darstellung documentirt, schließt mit einer tabellarischen Uebersicht der gewonnenen Definitionen.

Wie dem Referenten das Studium der Lehmann'schen Gedanken einen hohen Genuß bereitete, so wird Jeder, der das Stobbe'sche Werk in der neuen Gestalt zur Hand nimmt, neue reiche Anregung und Belehrung daraus schöpfen.

Greifswald. Georg Frommhold.

Digitized by Google

2. Reatz C. F., Die Litteratur über den Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Hinrichs'sche Verlagsbuchhandlung, Leipzig 1895.
3. Gareis Carl, Die Litteratur des Privat- und Handelsrechts 1884 bis 1894. Hinrichs'sche Verlagsbuchhandlung, Leipzig 1896.

Durch die beiden vorstehenden Hefte des als Ergänzung zum Centralblatt für Rechtswissenschaft erscheinenden „Juristischen Litteraturbericht 1884—1894" hat die juristische Bibliographie eine äußerst schätzenswerthe Bereicherung erfahren.

Mit staunenswerther Gründlichkeit und Sachkenntniß hat Reatz das bis 1895 erschienene, mehr als 600 (juristische) Abhandlungen umfassendes Material, welches die Darstellung und die Kritik des Entwurfes erster Lesung zur Aufgabe hatte, gesichtet und nach dem Systeme des künftigen Gesetzes geordnet. Die inhaltsreiche Schrift bietet nach einem interessanten Ueberblick über die Vorgeschichte der Codification und über die Entstehung des Entwurfes ein klares Bild der Umgestaltung, die der Entwurf erster Lesung auf Grund der — vom Verfasser mit Sicherheit beherrschten — überaus reichen kritischen Litteratur erfahren hat.

Das bereits eine zweite Berichtsdekade abschließende Gareis'sche Referat führt die in den Jahren 1884—1894 erschienenen privatrechtlichen Werke unter steter fachmännischer Kritik und mit dankenswerthen Verweisen auf anderweite Besprechungen auf und zwar in der Anordnung, daß zunächst die das System und die grundsätzliche Auffassung des deutschen Privatrechts betreffenden Erscheinungen (S. 1—5), sodann die mit der Behandlung von Einzelfragen befaßten reichsrechtlichen (S. 6—17) und landesrechtlichen (S. 17—26) Schriften, endlich in getrennter Berichterstattung die handelsrechtlichen Werke dieses Jahrzehntes (S. 26—44) besprochen werden. Besondere Beachtung verdient die von vollständigster Stoffbeherrschung zeugende Uebersicht über die Entwicklung der Litteratur der „Individualitätsrechte" (S. 6ff.), insbesondere des Patentrechts (S. 9ff.). Daß einzelne der Erwähnung würdige Werke unbeachtet geblieben sind, darf bei der Fülle des Stoffes

Digitized by Google

nicht Wunder nehmen. So vermißt man — um einige Beispiele hervorzuheben — unter der Aufzählung der in der Berichtsperiode erschienenen Werke des französischen Privatrechts Crome „Die Grundlehren des französischen Obligationenrechts" (October 1894), das zweifellos bedeutender ist als der von Gareis S. 24 genannte „Allgemeine Theil" dieses Schriftstellers; ferner zwei Werke von Barazetti „Das Personenrecht mit Ausschluß des Familienrechts" (1893) und „Die Vormundschaft, die Pflegschaft und Beistandschaft" (1894). Unter den handelsrechtlichen Schriften wäre namentlich noch Hergenhahn-Tuchatsch „Die offene Handelsgesellschaft" (1894) zu nennen gewesen.

München. Dr. Ernst Jaeger.

Digitized by Google

II.

Handelsrecht.

1. Dr. R. Freiherr von Canstein, Professor in Graz, Lehrbuch des Oesterreichischen Handelsrechts. Berlin, Carl Heymanns Verlag, 1895. 2 Bände, 675 u. 393 S.

1.

Mein Gesammturtheil über das Werk ist ein im hohen Grade günstiges. Es will eine empfindliche Lücke in der österreichischen Litteratur ausfüllen und ist nicht nur dazu geeignet, sondern ist gleichzeitig eine Bereicherung der handelsrechtlichen Litteratur überhaupt, auch soweit sie das Deutsche Reich angeht. Denn Canstein hat seine Aufgabe in der Weise aufgefaßt und durchgeführt, daß er nicht bloß österreichisches Recht und österreichische Litteratur und Judicatur dargestellt und verwerthet hat, seine Darstellung zeichnet sich vielmehr durch eine stete Berücksichtigung alles dessen aus, was die deutsche Rechtsprechung und die deutsche Wissenschaft zur Erläuterung des H.G.B. geleistet hat. So ist das Werk ein Gewinn und ein Fortschritt für Oesterreich und Deutschland zugleich.

2.

Seiner Systematik kann ich insofern nicht unbedingten Beifall zollen, als die Handelsgesellschaften nicht gesondert dargestellt sind, sondern zusammengefaßt. Der Verfasser verfolgt die einzelnen gesellschaftlichen Institute: Vertretung, Gewinnbetheiligung, Auflösung u. s. w. durch alle Gesellschaften hindurch. Es soll

Digitized by Google

zugegeben werden, daß diese Betrachtungsweise nicht ohne theoretischen Gewinn ist, aber ein Lehrbuch verfolgt zunächst praktische Lehrzwecke, und für diese erscheint es mir richtiger, jede Gesellschaft des Handelsrechts für sich darzustellen. Die Darstellung wird dadurch anschaulicher.

3.

In der Einleitung behandelt C. zunächst den Begriff und Umfang des Handelsrechts, wobei die Handelssachen zutreffend als die durch den Handelsverkehr erzeugten Thatbestände definirt werden; es folgt eine kurze Geschichte des Handelsrechts, sodann eine Darstellung der Quellen des Handelsrechts, in welcher besonders bemerkenswerth ist die treffende Charakterisirung der Eigenthümlichkeiten der handelsrechtlichen Normen:

> „Sie regeln theils bloß dem Handelsverkehr angehörige Thatbestände und Institutionen (Handelsgesellschaften, Firmen, Handelsbücher), theils aber auch solche, welche dem allgemeinen Verkehr angehören, aber im Handelsverkehr einer besonderen Regelung bedürfen. Hierbei wird namentlich die dem Handelsverkehr nöthige Publicität der für den kaufmännischen Credit entscheidenden Thatsachen, sowie die Freiheit, Leichtigkeit und Bequemlichkeit und Sicherheit des Handelsverkehrs angestrebt, der Natur der Sache (Billigkeit) Rechnung getragen, Treue und Glauben geschützt, die freie Disposition der Parteien so wenig als möglich eingeengt, die Schriftform strenge beurtheilt, die Solidarhaftung festgehalten, die Entlohnung der Arbeit, der Ueberlassung des Kapitals und der Uebernahme eines Risikos gesichert."

Die Einleitung schließt mit einer Uebersicht über die handelsrechtliche Litteratur, bei welcher mir auffiel, daß Puchelt's 4. Auflage, besorgt von Foertsch, keine Erwägung gefunden hat.

Digitized by Google

4.

Der erste Theil des Werkes führt die Ueberschrift: Der Handel. Es werden darin nach Vorbemerkungen über Geschichte, Begriff und Arten des Handels, die Objecte des Handels (die Waaren, die Werthpapiere, das Geld), sodann die Handelsgeschäfte, ferner der Kaufmann und das Handelsgewerbe, und endlich die öffentlichen Handelsinstitute abgehandelt.

a) Beim Begriff des Handels weist C. in zutreffender Weise darauf hin, daß der juristische Begriff, wie ihn das H.G.B. aufstellt, nicht im Einklang steht mit dem nationalökonomischen Begriff des Handels. Er ist einerseits enger, andererseits weiter, indem er einerseits die Verträge über unbewegliche Sachen aus seinem Kreise ausschließt, andererseits zahlreiche Geschäfte der Industrie einschließt. Bekanntlich ist man bei der Revision des H.G.B., welche in Aussicht steht, darauf bedacht, diesen Gegensatz zu beseitigen. (Vgl. Riesser in der deutschen Juristenzeitung 1896, S. 132; Denkschrift S. 9.)

Lesenswerth sind seine Ausführungen über die Grundlagen des Handels (Speculation, Treue und Glauben, Credit). Enthalten sie auch nichts Neues, so sind sie doch überall zutreffend und von großem Werthe für die Einführung des Studierenden in das Handelsrecht.

b) Zu den Objecten des Handels zählt C. die Waaren und das Geld. Er legt dar, in wie schwankender und unsicherer Weise das Gesetz die Worte: Waaren, bewegliche Sachen und Werthpapiere gebraucht. Bald nennt es neben den Waaren die Werthpapiere, oft spricht es nur von Waaren und meint darunter unzweifelhaft auch die Werthpapiere, oft sind die Waaren auch bewegliche Sachen, oft aber wird die bewegliche Sache neben der Waare, mitunter auch neben den Werthpapieren genannt. Um Ordnung in dieses Gewirr zu bringen, unterscheidet C. Waaren im weiteren Sinne, zu welchen er alles zählt, was Gegenstand des Handels ist oder sein kann, und Waaren im engeren Sinne,

Digitized by Google

d. h. die im Umsatz befindlichen körperlichen Sachen, welche den Werth in sich selbst haben oder formale Träger verbriefter Rechte sind. Diese Ausführungen verdienen überall volle Zustimmung.

Bei den Werthpapieren auf Inhaber vertritt C. gegen Brunner (und mich) die Theorie, daß der Schuldner an den Inhaber nicht zu zahlen braucht, wenn er diesem mangelnde Verfügungsbefugniß beweisen kann. Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich hat sich diese Theorie zu eigen gemacht (§ 777 des Entwurfs). Desgleichen befindet sich C. in Uebereinstimmung mit dem Entwurf des bürgerlichen Gesetzbuchs, wenn er zur Entstehung der Rechte aus Order- und Inhaberpapieren die Creation für genügend hält, die vertragsmäßige Ausgabe für überflüssig (§ 778 des Entwurfs). Da C. andererseits auch die Actien zu den Inhaberpapieren in diesem Sinne rechnet (S. 76), so ergibt sich für einen in Berlin in jüngster Zeit vorgekommenen Fall als Consequenz, daß, wenn eine Actiengesellschaft Actienurkunden auf Vorrath drucken läßt, und der Vorsitzende des Aufsichtsraths dieselben unzulässigerweise vor der Kapitalserhöhung veräußert, der dritte redliche Erwerber das Actienrecht erwirbt, Actionär wird, sodaß also die Actiengesellschaft nunmehr zum Handelsregister anmelden müßte: ihr Grundkapital sei durch Diebstahl erhöht! Ich kann diese Consequenz nicht ziehen. Sie erscheint mir praktisch unannehmbar und führt dazu, nochmals zu erwägen, ob die Creationstheorie wirklich haltbar ist.

c) Bei den Handelsgeschäften wird als charakteristisches Merkmal die Handelsspeculation, d. h. die Absicht, durch Vermittlung des Güterverkehrs Gewinn zu erzielen, zutreffend hervorgehoben. Doch hätte noch der Klarheit wegen hinzugefügt werden müssen, daß nicht jedes einzelne Geschäft in der unmittelbaren Absicht des Gewinnes unternommen und geschlossen sein muß, daß es vielmehr genügt, wenn es im Betriebe des auf Gewinn gerichteten Gewerbes geschlossen ist.

Digitized by Google

Daß die Verträge über Immobilien eine Ausnahme bilden, hebt C. richtig hervor, aber meines Erachtens ist nicht mit genügender Schärfe betont, daß die Verträge über Immobilien absolute Nichthandelsgeschäfte sind. Wie wichtig es aber ist, dies mit aller Schärfe hervorzuheben, geht daraus hervor, daß C. selbst irrthümlich annimmt, daß der Kauf oder die Miethe eines Grundstücks dann ein Handelsgeschäft sein kann, wenn diese Geschäfte von einem Kaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes geschlossen sind (S. 94 Anm. 6). Dies ist irrig und die von ihm citirte Entscheidung R.O.H.G. 23 S. 131 besagt das Gegentheil.

Bei den objectiven Handelsgeschäften vertritt C. gegen die herrschende Ansicht mit dem O.G. Wien die Meinung, daß die Uebernahme der Lieferung auch dann ein Handelsgeschäft sei, wenn der Uebernehmer die zur Lieferung erforderlichen Gegenstände bereits angeschafft hatte. Allein wir sollten doch meinen, daß aus dem Wortlaute und Geiste des Art. 271 Nr. 2 das Gegentheil deutlich hervorgeht. Er spricht von der Uebernahme einer Lieferung von Gegenständen, die der Uebernehmer zu diesem Zwecke anschafft. Zu diesem Zwecke: also um diesen Lieferungsvertrag zu erfüllen, also muß der Lieferungsvertrag schon geschlossen sein. Vgl. in unserem Sinne der Entwurf eines H.G.B. § 1 Abs. 2 N. 2.

Unter dem Titel Börsengeschäfte gibt C. eine ausführliche Darlegung aller an der Börse vorkommenden Geschäfte. Wenn er dazu auch die Differenzgeschäfte rechnet, so ist das ein wenig irreführend. Denn gerade die an der Börse geschlossenen Ultimogeschäfte sind bisher von der Charakterisirung als reine Differenzgeschäfte verschont geblieben, in Oesterreich durch Gesetz, in Deutschland dadurch, daß solche Geschäfte bisher nicht zur Cognition der Gerichte gelangt sind. Der bekannte große Streit ist vielmehr nur entbrannt bei den außerhalb der Börse, zwischen Bankier und Kunden geschlossenen Ultimogeschäften. C. sieht das Differenzgeschäft als Wette an und beurtheilt danach die Klagbarkeit oder

Digitized by Google

Unklagbarkeit. Der Rechtsprechung des deutschen Reichsgerichts in dieser Materie steht C. anscheinend sympathisch gegenüber.

Bei den subjectiven Grundhandelsgeschäften behandelt C. eingehend die Bankiergeschäfte und zu diesen rechnet er besonders den Contocorrentvertrag, eine Rubricirung, die erheblichen Zweifeln ausgesetzt ist. Das Wesen des Contocorrentvertrags erblickt C. zutreffend in einer periodischen Gesammtcompensation. Wechsel und Verpflichtungsscheine zieht er regelmäßig in das Contocorrentverhältniß nicht hinein und giebt so der reichsgerichtlichen Rechtsprechung eine neue werthvolle Stütze. In der Anerkennung des Saldos sieht C. keine Novation, aber er läßt es unerklärt, wie auf anderem Wege als durch Novation an die Stelle der einzelnen Schuldgründe ein neuer Schuldgrund für das Saldo entstehen soll. Freilich meint C., die Anerkennung befreie bloß von der Beweislast, bilde keinen Verpflichtungsgrund, „deshalb behalten auch die einzelnen Posten ihre Selbständigkeit auch nach der Feststellung des Saldos, bei dessen Einklagung sie einzeln aufzuführen sind". Indessen setzt sich C. dadurch in schroffen Gegensatz zur communis opinio (vgl. z. B. R.G. bei Bolze 4 Nr. 802; 13 Nr. 343).

d) Der Kaufmann und das Handelsgewerbe. In diesem Abschnitte giebt C. eine ausführliche Darlegung der handelsgewerberechtlichen Verhältnisse in Oesterreich, die für den reichsdeutschen Juristen nur secundäres Interesse hat. Sodann wird der Begriff des Kaufmanns erörtert. Zutreffend wird darauf Werth gelegt, daß der Kaufmann die Handelsgeschäfte im eigenen Namen schließt. Aber unzutreffend ist es, wenn nach C. gleichwohl der Commanditist nicht als Kaufmann gilt. Wird doch das Handelsgewerbe auch in seinem Namen betrieben! Oder ist auch der offene Handelsgesellschafter nicht Kaufmann? C. fragt: Soll der Kaufmann sein eigener Procurist sein? Die Frage knüpft daran an, daß der Commanditist Procurist der offenen Handelsgesellschaft sein kann. Indessen die Frage entscheidet die Sache nicht. Man

Digitized by Google

kann sehr wohl Vertreter einer Gemeinschaft sein, deren Mitglied man selbst ist. Man denke nur an den einfachen Fall, daß mehrere Erben ein Grundstück besitzen und einer der Erben die Verwaltung übernimmt und einen Miethsvertrag abschließt.

Unzutreffend verlangt C., daß der Kaufmann die Geschäfte auch für eigene Rechnung betreibt. Die herrschende Meinung steht dem entgegen. C. kann sich auch nicht recht denken, für wessen Rechnung sonst die Geschäfte betrieben werden (vgl. S. 189 Note 20a). Indessen kommen solche Fälle sehr häufig im Leben vor. Es errichtet z. B. Jemand eine Filiale, doch so, daß er selbst nach außen nicht haften und dem Leiter der Filiale auch eine Selbstständigkeit nach außen schaffen will. Der Leiter der Filiale wird als Inhaber eingetragen und macht nach außen die Geschäfte in seinem Namen, nach innen wird das Verhältniß so geregelt, daß der Principal sämmtliche Waaren liefert, der Leiter der Filiale alle Losungen abliefert und nur entweder ein Gehalt oder einen bestimmten Procentsatz des Gewinnes erhält. Dieses innere Verhältniß ist aber für die rechtliche Stellung des Leiters der Filiale unmaßgeblich. In Wahrheit liegt keine Filiale, sondern ein selbständiges Geschäft vor, und der eingetragene Inhaber desselben ist Kaufmann im Sinne des H.G.B.

Der Abschnitt über Voll- und Minderkaufleute zeigt, wie grundverschieden diese Materie in Oesterreich und Deutschland geregelt ist. In Oesterreich entscheidet im Großen und Ganzen lediglich der Steuersatz, nicht die Qualität und der Umfang des Gewerbes. Höcker, Trödler, Krämer, Wirthe, Fuhrleute können hier Vollkaufleute sein, nicht auch Hausirer. Vgl. jetzt den Entwurf eines H.G.B. § 5 Abs. 4.

Der Abschnitt über das Handelsgeschäft enthält eine erschöpfende und klare Bestimmung dieses Begriffs und insbesondere eine übersichtliche Darstellung der bei der Veräußerung des Geschäfts vorkommenden Rechtsbeziehungen, insbesondere der Frage des Uebergangs der Geschäftsschulden.

Digitized by Google

Im Abschnitt über die Firmen nimmt C. Stellung zu der Frage, ob der Einzelkaufmann unter seiner Firma klagen und verklagt werden kann. Er bejaht die Frage, doch leider ohne Begründung, die um so nothwendiger gewesen wäre, als die Theorie sich der verneinenden Ansicht immer mehr zuzuneigen scheint. Neuerdings hat insbesondere Stölzel (Schulung für die civilistische Praxis) die Vertreter der verneinenden Ansicht um eine gewichtige Autorität vermehrt.

Interessant ist, daß in Oesterreich der Kaufmann der in Concurs verfallen ist, der nicht durch Zwangsvergleich beendet wurde, nur unter seinem vollen Vor- und Zunamen sich neu etabliren darf. Bekanntlich bestehen auch in Deutschland Bestrebungen nach solcher Gesetzesreform. Mir erscheinen sie etwas seltsam und jedenfalls unpraktisch. Ein in Concurs verfallener Kaufmann kann, ehe er seine Gläubiger befriedigt hat, sich aus naheliegenden Gründen überhaupt nicht etabliren.

In seiner Darstellung über das Firmenrecht überspannt C. die Durchbrechung des Princips der Firmenwahrheit bei abgeleiteten Firmen. Diese Durchbrechung kann soweit zugelassen werden, als die Firma nicht dem Zwecke directer Täuschung dient. Es darf aber der Einzelkaufmann nicht eine Firma führen, welche den Zusatz Actiengesellschaft hat, auch wenn er diese Firma erworben hatte. C. läßt diese Firmenführung zu. Vgl. jetzt in meinem Sinne den Entwurf eines H.G.B. § 17 Abs. 2.

Im Kapitel über die Handlungsbücher giebt C. eine nach Klarheit ringende Erläuterung der einzelnen Conten. Es ist für den Kenner schwer zu beurtheilen, ob es C. gelungen ist, den bücherunkundigen Juristen in das Verständniß der Buchführung einzuführen. Was er giebt, ist jedenfalls verdienstlich. Zutreffend hebt er hervor, daß die Eintragungen der Bücher die Handelsgeschäfte, aber nicht ihren Rechtsgrund zu verzeichnen haben.

Die Lehre von der handelsrechtlichen Stellvertretung erscheint mir weniger glücklich dargestellt, wie die übrigen Partien. C.

Digitized by Google

scheint mir hier in übertriebener Aengstlichkeit zuviel zu geben. Die vielen Unterscheidungen zwischen gesetzlicher Vertretung und Stellvertretung, gesetzlicher Vollmacht u. s. w. müssen jedenfalls mit großer Aufmerksamkeit gelesen werden, wenn sie aufklären, statt verwirren sollen. Auch die Judicatur ist hier nicht genügend berücksichtigt. Daß die Vollmacht niemals unwiderruflich ist, sagt nicht bloß das R.O.H.G. (23 S. 326), sondern auch das R.G. (3 S. 186; und bei Bolze 15 Nr. 209), ebenso ist bei dem zutreffenden Satze, daß durch die Einstellung des Gewerbebetriebes die Vollmacht erlischt, das Reichsgericht (12 S. 11) nicht citirt, bei dem Satze, daß der Pseudostellvertreter haftet, auch wenn er bona fide ist, ist das Reichsgericht (bei Bolze 10 Nr. 302b) nicht angezogen. Die Lehre von der Pseudostellvertretung ist übrigens in kurzen und doch erschöpfenden Zügen dargestellt, zu kurz aber die Lehre von der Collusion (S. 275). Hier mußte hervorgehoben werden, daß darin noch keine Collusion liegt, wenn der dritte Contrahent weiß, der Vertreter überschreite die Grenzen seines Auftrags.

Etwas mehr auseinander halten müßte C. in einer zweiten Auflage die gesetzliche Vertretung und die gewählte Vertretung. Es ist z. B. nicht glücklich ausgedrückt, wenn er S. 295 sagt: „Die vertretenden persönlich haftenden Gesellschafter der offenen Handelsgesellschaft, sowie der Vorstand der Actiengesellschaft haben eine absolut unbeschränkte Handlungsvollmacht." Auch ist es nicht zu billigen, wenn er sagt, daß sie das Recht, das ganze Handelsgewerbe zu veräußern, nicht haben. Wiederum bin ich anderer Ansicht, wenn er meint, daß ein von der Vertretungsbefugniß ausgeschlossener Gesellschafter nicht zum Procuristen bestellt werden könne, es gelte nur aut—aut. Und ebenso kann ich ihm nicht beipflichten, wenn er es für zulässig hält, daß ein Vorstandsmitglied Collectivvollmacht erhält mit einem Procuristen. Darin soll nicht eine Beschränkung der Vollmacht des Vorstandsmitgliedes, sondern eine Erweiterung der Vollmacht des Procuristen liegen.

Digitized by Google

Beide Argumente sind unzutreffend. Die Vollmacht des Vorstandsmitglieds ist beschränkt, wenn es allein die Gesellschaft nicht vertreten kann, und die Vollmacht des Procuristen ist ebenfalls beschränkt, wenn er allein die Gesellschaft nicht vertreten kann, sondern nur mit einer anderen Person zusammen, wenn auch alsdann in erweitertem Umfange.

Die Lehre von den Handlungsgehülfen enthält erhebliche Abweichungen von dem Rechtszustande in Deutschland, welche daher rühren, daß in Oesterreich die gewerberechtlichen Gesetze sich auf die Handlungsgehülfen beziehen. So sind z. B. die gesetzlichen Entlassungsgründe auch in der Gewerbenovelle aufgezählt, wobei besonders der Verrath von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen erwähnt wird.

Unter der Rubrik „Oeffentliche Handelsinstitute" handelt C. zunächst von den Handelsgerichten. Es hat dieser Abschnitt für Deutschland aus naheliegenden Gründen nur secundäre Bedeutung. Von höherem Interesse ist das Kapitel von dem Handelsregister. Mit prägnanter Schärfe wird hier betont, daß die Eintragungen in das Handelsregister im Allgemeinen nicht constitutive, sondern nur declarative Bedeutung haben, daß sie Einträge und Löschungen, nicht Einverleibungen und Vormerkungen sind.

In höherer Instanz entscheiden in Oesterreich die Oberlandesgerichte und der oberste Gerichtshof. Ob das Letztere analog für Deutschland zu empfehlen ist, darüber kann gestritten werden. Es ist vielleicht doch nicht gut, wenn Alles und Alles unificirt wird. Für Preußen hat sich wenigstens die Einrichtung des Kammergerichts als oberster Instanz in Handelsregistersachen vortrefflich bewährt und eine Judicatur gezeitigt, die sich stolz neben die reichsgerichtliche stellen kann.

Im Einzelnen ist zu erwähnen, daß C. (S. 352) meiner Ansicht beitritt, wonach auch die Beendigung der Liquidation zur Eintragung anzumelden ist, und zwar von den Liquidatoren.

Die Anmeldungen müssen in Oesterreich beglaubigt sein, wie

Digitized by Google

in Deutschland. (Vgl. Kammergericht bei Johow 14 S. 14.) Von Amtswegen darf in Oesterreich das Gericht keinen Eintrag vornehmen, auch keine Firma zur Löschung bringen, die in Wahrheit schon erloschen ist. C. wünscht nach dieser Richtung eine unserem Reichsgesetze vom 30. März 1888 nachgebildete Vorschrift.

Vom streng systematischen Standpunkte sind hier bei den öffentlichen Handelsinstituten an unrichtiger Stelle behandelt die Privatmakler und die Agenten. Dabei kommen beide Kategorien, besonders die erste, etwas kurz weg. Und doch dürften auch in Oesterreich, wie bei uns, die Rechtsverhältnisse der Privatmakler für die Praxis von größerer Bedeutung sein, als die der amtlich bestellten Handelsmakler. Man hat in Deutschland von einem Processe eines amtlichen Maklers noch nichts gehört, während die Provisionsprocesse der Privatmakler in der Praxis eine große Rolle spielen. Als Agenten bezeichnet C. denjenigen, der gewerbsmäßig gegen Provision im Auftrage verschiedener Auftraggeber Handelsgeschäfte in fremdem Namen abschließt. Die Definition trifft nicht zu. Es ist nicht nothwendig, daß der Agent für verschiedene Häuser thätig ist, und nicht nöthig, daß er als Vertreter abschließt, es genügt, daß er vermittelnd wirkt. So spricht denn auch C. im weiteren Verlaufe seiner Darstellung von demjenigen Agenten, der bloß zur Uebermittlung von Kaufsofferten berufen ist; darin liegt das Zugeständniß, daß der Abschluß als Vertreter nicht zur Begriffsbestimmung gehört. Die Provision des Agenten ist auch nach C., wie nach meiner Ansicht, zahlbar, wenn das Geschäft für den Principal zur Ausführung gekommen und erfüllt ist. Vgl. jetzt den Entwurf eines H.G.B. § 77.

5.

Der Abschnitt über die Handelsgesellschaften ist für den Kenner interessant, weil er die ganze Lehre von einer anderen Seite beleuchtet, als man sie gewöhnlich betrachtet. Denn, wie

Digitized by Google

oben zu 2 bemerkt, behandelt C. nicht die einzelnen Handelsgesellschaften, sondern die handelsgesellschaftlichen Institute. Geht man über das principielle Bedenken dieser Darstellung hinweg, so verlohnt es sich in der That, ihm auf diesem Wege zu folgen. Für den deutschen Juristen ergiebt sich freilich manche Abweichung von seinem Rechte. So ist das gesammte Actiengesellschaftsrecht in Deutschland schon zweimal reformirt, in Oesterreich gilt es noch heute nach dem ursprünglichen Wortlaut.

Im Einzelnen können wir C. nicht überall folgen. So z. B. wenn er (S. 438) sagt, daß es überflüssig sei, die Klage gegen die offene Handelsgesellschaft und außerdem gegen die einzelnen Gesellschafter zu richten. Die deutsche Praxis hat dies niemals für überflüssig gehalten, und es ist auch nicht ersichtlich, wie C. dies meint. Wird bloß die offene Handelsgesellschaft beklagt, so sind allerdings die Gesellschafter beklagt, aber nur, soweit sie ein Sondervermögen für das bestimmte Handelsgewerbe und die aus demselben resultirenden Schulden besitzen. Sie haften allerdings auch persönlich mit ihrem sonstigen Vermögen, aber wenn sie auf Grund dieser Haftung exequirt werden sollen, so müssen sie auch persönlich beklagt und verurtheilt werden.

Mit großer Ausführlichkeit wendet er sich gegen die herrschende Lehre, daß die Actiengesellschaft juristische Person sei. Bei uns in Deutschland wird diese Ansicht schon damit allein genügend begründet, daß die Actiengesellschaft nach Art. 213 als solche selbstständig ihre Rechte und Pflichten hat. Man ist darüber einig, daß hiermit der Gesetzgeber der Gesellschaft den juristischen Persönlichkeitscharakter verliehen hat, wie man z. B. auch bei der neuen Gesellschaft mit beschränkter Haftung dieses Argument allein schon für durchschlagend erachtet. Ich persönlich halte einen anderen Grund für ausschlaggebend: Wenn eine juristische Vereinigung von Personen den Gläubigern haften soll und keine der vereinigten Personen direct haftet, so kann dies nicht anders construirt werden als durch Zuhilfenahme der Rechtsfigur der juristischen Person.

Digitized by Google

Eine Person soll nur haften, von den physischen Personen soll es aber keine sein, also haftet die als Persönlichkeit fingirte Vereinigung der physischen Personen. Schwer in die Waagschale fällt allerdings das Bedenken, daß nach Art. 216 jeder Actionär einen verhältnißmäßigen Antheil am Vermögen der Gesellschaft hat. Denn wenn das Vermögen der Actiengesellschaft als juristischer Persönlichkeit angehört, so kann es nicht den Actionären gehören. Allein der Ausdruck Vermögens- oder Gesellschaftsantheil ist im Gesetze so oft unklar gebraucht, daß man hieraus gewichtige Bedenken nicht herleiten kann. Vgl. z. B. Art. 98 Abs. 2, 106 Abs. 2, 108. In diesen Artikeln ist der Ausdruck Antheil am Gesellschaftsvermögen in verschiedenem Sinne gebraucht und überdies hat ja der offene Handelsgesellschafter einen bestimmten Antheil am Gesellschaftsvermögen überhaupt nicht, so daß auch der Gesetzgeber davon nicht sprechen dürfte, wenn er correct sein will.

Bei der Definition der Commanditgesellschaft fällt uns der Ausspruch auf (S. 457): Commanditist kann auch jede beliebige Handelsgesellschaft sein. Auch die offene Handelsgesellschaft? Das ist doch nicht so unbestritten. Da auch nach C.'s Auffassung die Commanditisten „den Gesellschaftsgläubigern direct, primär, solidarisch mit den übrigen Gesellschaftern mit ihrem Privatvermögen haften", so muß auch er mit meinem Commentar (§ 6 zu Art. 130) davon ausgehen, daß die Fähigkeit, Complementar einer Commanditgesellschaft zu sein, parallel geht mit der Fähigkeit, Mitglied einer offenen Handelsgesellschaft zu sein. Und letzteres kann nach der in Deutschland herrschenden Ansicht eine offene Handelsgesellschaft nicht sein (vgl. insbesondere Kammergericht bei Johow 11 S. 17; O.L.G. Hamburg in Goldschmidt's Zeitschrift 40 S. 457; jetzt auch Reichsgericht, Band 36 S. 139; vgl. übrigens auch Urtheil des Obersten Gerichtshofes in Wien bei Adler und Clemens Nr. 1081).

Hervorzuheben ist, daß nach österreichischem Recht für Actiengesellschaften und Commanditactiengesellschaften noch heute das Concessionssystem gilt. Die Concession ist vom Ministerium des

Digitized by Google

Innern zu erbitten. Ferner muß, wenn die Actiengesellschaft ein concessionspflichtiges Gewerbe betreiben will, auch noch die Concession der hierfür zuständigen Behörde erwirkt werden.

Bei der offenen Handelsgesellschaft behauptet C. S. 490, daß das gegen die offene Handelsgesellschaft ergangene Urtheil rechtskräftig und vollstreckbar sei gegen die einzelnen Gesellschafter. Für Deutschland kann das als richtig nicht anerkannt werden. Hier muß gesagt werden, daß jenes Urtheil zwar Rechtskraft haben kann, jedoch nur insoweit, als festgestellt ist, daß die Gesellschafter in ihrer Vereinigung schuldig waren. Nun haften sie allerdings für diese Schuld nach Art. 112 H.G.B. solidarisch und es braucht dieselbe gegen sie nicht noch einmal festgestellt zu werden, jedoch nur insofern nicht, als nicht mehr festgestellt zu werden braucht, daß die Gesellschaft haftbar geworden ist. Aber sie können ja persönliche Befreiungsgründe haben und deshalb müssen sie ex judicato nochmals beklagt werden. Für Oesterreich, meint C., könne das nicht gelten, weil es in Oesterreich die actio judicati nicht gebe. Eine eigentliche actio judicati giebt es aber in Deutschland jetzt auch nicht mehr. Es kommt auch garnicht darauf an, ob das Proceßrecht dieses Institut kennt. Es liegt eben ein durch die Eigenart der in Frage kommenden Rechtsverhältnisse sich ergebender eigenartiger materieller Klagegrund in der durch Urtheil festgestellten Gesellschaftsschuld vor. Diese bildet den Klagegrund, und wofern der belangte Socius keine persönlichen Befreiungsgründe vorbringen kann, muß er verurtheilt werden.

Bei der Actiengesellschaft ist der Begriff der Passiva in der Bilanz (S. 556) nicht richtig definirt. Zwar eignet sich C. den von mir gebrauchten Ausdruck an, daß die Passiva Gesellschaftserfordernisse sind. Aber unzutreffend zählt er als Beispiele auf die Kosten der Organisation und Verwaltung und die sonstigen Spesen. Diese Kosten gehören überhaupt nicht in die Bilanz, sondern sind geschehene Ausgaben und als solche Bestandtheile der Gewinn- und Verlustrechnung. In die Passiva gehören die Ziffern

Digitized by Google

derjenigen Beträge, welche die Gesellschaft aufsparen (vom Vorhandenen reserviren oder erst erwerben und dann reserviren) muß, um leben und wirken zu können. Zu diesen Beträgen gehören zunächst die Schulden. Das bedarf keiner Erläuterung. Es gehört ferner dazu der Betrag des Grundkapitals. Würde man diesen Betrag nicht den Passiva einreihen, so würde, da jeder Ueberschuß der Activa über die Passiva zur Vertheilung zu bringen ist, der Betrag des eingezahlten Actienkapitals an die Actionäre ausbezahlt werden müssen. Dadurch würde er seinem Zwecke, die Grundlage der wirthschaftlichen Existenz der Gesellschaft und die Creditbasis für die Gläubiger zu sein, entzogen werden. Es gehört ferner in die Passiva ein Betrag, welchen das Gesetz Reservefonds nennt. Das Gesetz will, daß nicht bloß die Schulden und nicht bloß der Betrag des Actienkapitals aufgespart werde, ehe an Vertheilung gedacht wird, sondern darüber hinaus noch ein bestimmter Betrag von 10% des Actienkapitals. Das erhöht natürlich die Sicherheit der Gesellschaft. Je mehr aufgespart wird, desto besser steht die Gesellschaft da. Und endlich bilden die Actiengesellschaften noch eine Reihe von freiwilligen Reservefonds, d. h. sie reihen den Passiven noch eine Reihe anderer Beträge, die sie bald so, bald so nennen, ein, um auf diese Weise diese Beträge von der Vertheilung auszuschließen und den Vermögensstand der Gesellschaft zu verbessern.

Die Kapitalsreduction durch Zusammenlegung hält C. (S. 560) mit Ring und mir für unzulässig, das Reichsgericht (36 S. 136) ist anderer Meinung.

Für die stille Gesellschaft nimmt C. (S. 641, 642) an, daß der stille Gesellschafter am Gewinn betheiligt sein muß, nicht auch, daß er am Verlust betheiligt sein muß. Er befindet sich zwar mit dieser Ansicht in guter Gesellschaft, denn das Reichsgericht hat gerade in letzter Zeit diesen Standpunkt mit Entschiedenheit vertreten (R.G. 30 S. 57; 31 S. 35). Allein angesichts der entgegenstehenden Definition des Art. 250 bedarf es doch einer tieferen

Digitized by Google

Begründung dieser Ansicht, als daß „Art. 250 den Regelfall vor Augen hat". Ueber diese Begründung ist noch keiner der Verfechter dieser Ansicht hinausgekommen. Es ist aber klar, daß man mit dieser Begründung alles beweisen kann. Man braucht einer unbequemen Gesetzesdefinition nur abzustreiten, daß sie eine Definition sei. Dann ist jeder Streit erledigt. Der neue Entwurf vermeidet diese Definition §§ 306, 307 Abs. 2.

Mit der Kundmachung der stillen Gesellschaft will C. S. 651 die exorbitante Rechtsfolge verbinden, daß das stille Gesellschaftsverhältniß zu Gunsten Dritter wirkt, sodaß der Gläubiger nunmehr unmittelbar den stillen Gesellschafter bis zur Höhe seines Verlustantheils belangen kann. Eine so weitgehende Folge müßte der Gesetzgeber besonders anordnen, aus der Natur der Sache ergiebt sie sich nicht, sie ist auch für den Verkehr unerträglich. Der stille Gesellschafter würde dadurch verurtheilt, ewig still zu bleiben und Niemandem zu erzählen, daß er sich an einem Geschäfte betheiligt habe. Sonst hätte er zu riskiren, von einem einzelnen Gläubiger auf Zahlung belangt zu werden, seine versprochene Einlage würde dadurch dem Geschäfte entzogen und ihren Zweck verfehlen.

6.

Der zweite Band beginnt mit den dinglichen Rechtsverhältnissen des Handelsverkehrs, ein äußerst dankenswerther Abschnitt. Er stellt die Lehre vom Besitz, dem Eigenthum und dem Pfandrecht, von welchem das H.G.B. nur hier und da etwas sagt, vom handelsrechtlichen Gesichtspunkte dar. Auf S. 8 ist das Citat unrichtig: nicht in R.G., sondern R.O.H.G. 17 S. 149 ist ausgesprochen, daß der Einwand der nicht erfolgten Emission dem redlichen Erwerber eines Inhaberpapieres nicht entgegengehalten werden kann.

7.

Es folgen die Obligationsverhältnisse des Handelsverkehrs. Ich rechne diesen Abschnitt zu den gelungensten des Werkes. Die

Digitized by Google

klare Darstellung, das weise Maßhalten in der gleichwohl erschöpfenden Darstellung erreichen hier ihren Höhepunkt. Im Einzelnen dissentire ich auch hier oft. Gegenwärtig hält z. B. C. die Contrahenten nur dann, wenn sie sich von Angesicht zu Angesicht gegenüberstehen. Das ist nicht richtig. Wenn sie sich den Rücken kehren oder durch eine spanische Wand sprechen, so sind sie gleichwohl gegenwärtig. Wenn sie durch das Telephon sprechen, so sind sie als gegenwärtig zu betrachten, weil ein sofortiger Meinungsaustausch stattfindet. Das letztere leugnet C. allerdings, er meint, daß das beim Telegraphen auch der Fall sei. Das kann man doch wohl sicherlich nicht sagen. Im Sinne von gerichtlichen Terminen und Generalversammlungen wird man allerdings einen durch das Telephon Sprechenden nicht als gegenwärtig betrachten können, aber aus anderen Gründen, weil hier in der That körperliche Anwesenheit als erfordert gelten muß. Jede Gesetzesvorschrift muß nach ihrem Sinne und Zwecke interpretirt werden. „Eines schickt sich nicht für Alle."

Gefreut hat es mich, daß C. in Uebereinstimmung mit mir ein Recht auf Abnahme der Waare auf Grund des Art. 346 H.G.B. annimmt. So bricht eine einfache Wahrheit sich doch endlich Bahn.

8.

In der Lehre von der Commission bespricht C. in ausführlicher Weise das Selbsteintrittsrecht und seine Mißbräuche. Er folgt hierbei den Ausführungen Eschenbach's in Goldschmidt's Zeitschrift Band 41 S. 1 ff. Allein indem er ihm blindlings folgt, giebt er ein zwar anschauliches, aber kein wahres Bild. „An der Börse", sagt er, „hat es der Commissionär oft in seiner Hand, den Börsencurs bestimmter Papiere zu heben oder zu drücken, indem er seinen Kunden den Rath ertheilt, entweder bestimmte Papiere kaufen oder solche verkaufen zu lassen, und indem er bald günstige, bald ungünstige Nachrichten über die betreffenden Papiere ausstreut. Er theilt dem Sensal seinen Preis mit und dieser wird zum offi-

Digitized by Google

ciellen Tagescurs, wenn andere Verkäufe an jenem Tage nicht stattfinden" u. s. w. Diese Darstellung erweckt den Eindruck, als sei dies der normale Gang des Verfahrens, als beherrsche jeder Bankier den Curs und als betrachte jeder Bankier seine Kunden als seine Opferlämmer, die er zu scheeren habe. Es wäre schlimm um die Börse bestellt, wenn dem so wäre. Noch eigenthümlicher klingt es, wenn C. (S. 248) sagt: daß der Bankier es meist in seiner Hand hat, zu bestimmen, ob der Committent gewinne oder verliere. „Der Bankier schließt nämlich als Selbstcontrahent die Geschäfte mit sich selbst ab, und schreibt anfangs den Kunden Gewinn zugut, dann aber läßt er ihn bald mehr oder weniger verlieren und die Differenzen zahlen." C. übersieht dabei, daß der Börsencurs maßgebend ist für die gegenseitige Abrechnung. Dieser, auf dessen Bestimmung oft ganz andere Factoren einwirken, die mächtiger sind als die Kapitalkraft eines Einzelnen, zeigt an, wie das Geschäft sich abwickelt, und es ist garnicht ersichtlich, wie der Bankier nach seiner Willkür dem Kunden anfangs Gewinn gutschreiben, später Verlust auf das Conto schreiben soll. Gar mancher Bankier hat schon den Gewinn auszahlen müssen und mit den Verlustdifferenzen ist er hängen geblieben!

9.

Den Schluß des Werkes bildet die Spedition, das Frachtgeschäft und ein besonderer Abschnitt über das vom Gesetz vernachlässigte Personenbeförderungsverhältniß.

Das Werk ist ein glänzendes Zeugniß dafür, wie mächtig das österreichische und das deutsche Handelsrecht einander befruchten können, wenn sie verständnißvoll einander näher gebracht werden. Leider wird in nicht ferner Zeit dieser gegenseitige Befruchtungsproceß einen argen Stoß erleiden. Denn in Deutschland wird ein neues H.G.B. geplant, nach dessen Emanation die Wissenschaft und Judicatur beider Reiche nothgedrungen Wege gehen müssen, die weiter von einander abweichen, als dies bisher

Digitized by Google

der Fall war. Dann wird es solcher Männer, wie C., noch weit dringender bedürfen, um die dann noch schwierigere Annäherung immer wieder zum Heile beider Reiche zu bewirken.

Berlin. Hermann Staub.

2. Pollitzer, Franz, das österreichische Handelsrecht, systematisch dargestellt. Ein Leitfaden für Studirende. Wien, Manz'sche Hofbuchhandlung, 1895. X, 771 S.

Während seit Einführung des allgemeinen Handelsgesetzbuchs in Deutschland selbst eine ganze Reihe hervorragender handelsrechtlicher Lehr- und Handbücher erschien, sind in Oesterreich nach Veröffentlichung des v. Stubenrauch'schen Handbuchs (1863) mehr denn dreißig Jahre verflossen, bis wiederum eine systematische Darstellung des österreichischen Handelsrechts versucht wurde. Da fügte es ein eigenthümliches Geschick, daß auf die Anregung verschiedener Verlagsbuchhandlungen im Jahre 1895 fast gleichzeitig zwei Lehrbücher des österreichischen Handelsrechts veröffentlicht wurden, von denen überdies das eine des Freiherrn v. Canstein in zwei selbständigen Ausgaben, einem „Compendium" für den ersten Unterricht und einem „Lehrbuch" für das spätere Studium, abgefaßt ist. Der „Leitfaden" von P. entwirft auf nahezu 700 Seiten nach der im Vorworte vom Verfasser ausgesprochenen Absicht ein Bild des gegenwärtigen Standes der Handelsgesetzgebung und Handelsrechtswissenschaft in Oesterreich unter Anlehnung an die bisherige deutsche und österreichische Litteratur. Versicherungs-, See- und Wechselrecht sind von der Darstellung völlig ausgeschieden; die geschichtliche Behandlung ist auf kurze Bemerkungen beschränkt. Durchgehends ist die deutsche Rechtsprechung und Gesetzgebung berücksichtigt; außerdem sind die Parallelstellen des ungarischen und bosnisch-herzegowinischen Handelsgesetzbuchs in den Noten angezogen.

Die Anordnung des Stoffes ist die folgende: Nachdem in der Einleitung (S. 1—43) Begriff, Wesen, Arten und Zweige

Digitized by Google

des Handels, Begriff und Nothwendigkeit eines besonderen Handelsrechts, sodann dessen österreichische Quellen, seine örtlichen und zeitlichen Grenzen, seine persönliche und sachliche Anwendbarkeit, sowie endlich die Literatur des österreichischen und deutschen Handelsrechts dargestellt wurden, gelangen im ersten Buche (S. 44—321) die „Personen im Handelsrechte" zur Erörterung. Hier behandelt P. zunächst die Rechtsverhältnisse des Kaufmannes — Begriff und Arten, persönliche Erfordernisse und Eigenschaften, Rechte und Pflichten eines solchen —, sodann seine Stellvertreter, sein Hilfspersonal, die Vermittelungspersonen im Handel, sowie endlich in gesonderten Darstellungen die Handelsgesellschaften und anderen Personenvereinigungen im Handelsverkehr. Im zweiten Buche (S. 322—376) werden „die Objekte des Handelsverkehrs und deren Recht", das „Sachenrecht des Handels", erörtert: zunächst die Begriffe Gut, Sache, Waare, die rechtlich bedeutsamen Eigenschaften der Sachen, Maaß und Gewicht, Werth und Preis, sowie die Rechte an Waaren, hierauf das Geld und schließlich die Werthpapiere. Das dritte Buch (S. 377—661) bringt als letztes die Darstellung der Handelsgeschäfte, das „Handelsobligationenrecht". Begriff und Arten der Handelsgeschäfte, deren Gegenstand, Inhalt, Auslegung, Abschließung, Erfüllung, Rath und Empfehlung in Bezug auf Abschluß und Erfüllung werden ausführlich behandelt und sodann die einzelnen Handelsgeschäfte, erst die objectiven (Anschaffung zur Weiterveräußerung, Lieferungsübernahme, Versicherung gegen Prämie, Seetransport und Bodmereivertrag, Börsengeschäfte — letztere zufolge § 14 des österreichischen Börsengesetzes v. 1. April 1875), hierauf die subjectiven (fabrikmäßige Be- und Verarbeitung, Credit- und Zahlungsgeschäft, Lagerhaus-, Fracht- und Commissionsgeschäft, Vermittlungs- und Vertretungs-, Verlags- und sonstige Geschäfte des Buchhandels, Kunsthandels und der Druckereien), endlich der Handelskauf (Begriff, Gegenstand, Preis, Arten, Erfüllung, Beendigung des Kaufvertrags) dargestellt. Ein musterhaft gründ-

Digitized by Google

liches alphabetisches Sachregister und ein ausführliches Quellenregister, die den Schluß des Lehrbuchs bilden, erleichtern wesentlich dessen Handhabung und die Uebersicht.

Der Gesammteindruck des Leitfadens ist derjenige eines durchaus den Standpunkt der herrschenden Lehre vertretenden, sorgfältig ausgeführten und mit umfangreichen Litteraturangaben versehenen Collegienheftes. Die Absicht, „Neues bringen zu wollen", erscheint dem Verfasser — wie er im Vorworte betont — geradezu als eine den Zweck eines Lehr- oder Handbuchs verkennende „Anmaßung", ein Ausspruch, der die ganze Anlage des Werkes charakterisirt. Denn wohl nirgends ist eine scharf ausgeprägte, eigenartige Ansicht zu constatiren, die gesammte Darstellung ist ein Referat der gemeinen Lehre, und vielleicht verleiht gerade diese Eigenschaft dem Buche in den Händen der studirenden Jugend, für die es bestimmt ist, einen besonderen Werth. Eine klare, verständliche Sprache und der Umstand, daß der Erörterung eines jeden handelsrechtlichen Grundsatzes mit anerkennenswerthem Geschick die ratio legis in einleitenden Worten vorausgeschickt wurde, erhöhen ganz wesentlich die Bedeutung des inhaltsreichen Werkes. Eine besonders eingehende, auf fachmännischer Kenntniß beruhende Darstellung — der Verfasser ist Postsecretär im Handelsministerium — haben die Geschäfte der Post (einfaches und modificirtes Frachtgeschäft, Sparkassengeschäft, Personentransport, Telegraphie und Telephonie) erfahren (S. 544—574). Auffallen muß dagegen die Spärlichkeit der Beispiele, die doch dem Anfänger nicht bloß das Verständniß erleichtern, sondern ihm die praktische Bedeutung der verstandenen Sätze in ihrer ganzen Tragweite vor Augen halten sollen. Auch ist gerade vom Lehrstandspunkte aus der vollständige Ausschluß rechtsgeschichtlicher Einführungen in die einzelnen handelsrechtlichen Institute schwerlich zu rechtfertigen. Was aber am empfindlichsten vermißt wird, das ist die scharfe Hervorhebung der leitenden Grundgedanken, die zumeist in

Digitized by Google

einem für die Zwecke des Leitfadens allzu reichen Detail verschwimmen.

Ein Ueberblick über die Darstellung des Rechts der offenen Handelsgesellschaft, einer der wichtigsten und schwierigsten Materien dieses Rechtsgebiets, wird unser Urtheil bestätigen. Da muß vor allen Dingen auffallen, daß der von der herrschenden Meinung vollinhaltlich anerkannte gewaltige Unterschied zwischen der römischen societas und der deutschrechtlichen Gemeinschaft zur gesammten Hand mit keiner Silbe berührt wird. Der Schüler erfährt nicht einmal, daß die offene Handelsgesellschaft eine solche Personenvereinigung des deutschen Rechts ist oder sein soll, geschweige denn, auf welchem Wege sich die einheimischen Rechtsgrundsätze in der Neuzeit wieder Geltung zu verschaffen vermochten. Die Idee, welche das gesammte nicht corporativ gestaltete Handelsgesellschaftsrecht beherrscht, ist von der Wucht des Stoffes verschüttet und damit die Erklärung der eigenthümlichen Sätze dieser Lehre von vornherein unmöglich gemacht worden. So kommt es, daß die Sondergutseigenschaft des Gesellschaftsvermögens mit keinem Worte hervorgehoben ist, daß die gerade in einem Lehrbuche darzustellenden Grundfragen nach der Rechtsnatur der offenen Handelsgesellschaft und nach der Bedeutung des Antheilrechts der Mitglieder unerörtert bleiben, daß in Anlehnung an die vereinzelt dastehende und nicht einmal als solche gekennzeichnete Laband'sche Lehre in § 51 eine Erklärung der a. 119—122 H.G.B. aus dem gesellschaftlichen Innenrechtsverhältniß versucht wird.

Nachdem in § 47 „Begriff und juristische Natur" der offenen Handelsgesellschaft unter vortheilhafter Verwerthung der bekannten Laband'schen Abhandlung, aber unter völliger Uebergehung der oben bezeichneten Wesensfrage erörtert wurden, bespricht P. in § 48 das „Rechtsverhältniß der Gesellschafter unter einander". Unklar ist hier (S. 152 wie auch unten S. 343) die Bezeichnung der Illation als Eigenthumsübertragungs-Form — die S. 343 mit „oder" angefügten Worte der Berathungsprotokolle „Titel

Digitized by Google

zum Eigenthumserwerbe ähnlich dem Kaufvertrage" sagen doch etwas ganz anderes; die Einbringung ist vielmehr ein besonderer Veräußerungs-Vertrag, eine „alienatio sui generis", hinter welcher keineswegs irgend ein sonstiger civilrechtlicher Vertrag steckt, und die an sich, d. h. soweit ihre Handelsgeschäftseigenschaft nicht Formfreiheit begründet, der allgemeinen Uebertragungs-„Formen" (Tradition, Auflassung, Indossament, Signification) bedarf. Rühmenswerth ist dagegen die Erklärung des a. 91 I H.G.B. auf Seite 153 f., wo im Gegensatze zu den meisten anderen Erläuterungen in Lehrbüchern und Commentaren betont wird, daß diese Gesetzesvorschrift nur eine im Zweifelsfalle platzgreifende Vermuthung der Einbringungs-„Absicht" und keineswegs der bereits vollzogenen Uebereignung normirt. Andererseits ist es ein offenbares Versehen, wenn S. 155 gesagt wird:

> „Was der Gesellschafter auf Grund des a. 107, II im Laufe des zweiten Rechnungsjahres auf die ihm im ersten Jahre gutgeschriebenen Zinsen und auf den Gewinnantheil des ersten Jahres (d. i. also auf Rechnung seines am Schlusse des ersten Jahres resultirenden Activsaldo) dem Gesellschaftsvermögen entnommen hat, wird ihm nebst sechsprocentigen Zinsen (a. 287) zur Last geschrieben."

Dieser mit S. 157 V nicht zu vereinbarende Satz widerstreitet dem a. 106 I H.G.B. und sollte in richtiger Fassung aussprechen, daß für die nach a. 108 II H.G.B. befugten Entnahmen, insoweit dieselben Gewinnantheile sind, nur vier Procent, soweit sie aber „Zinsen" darstellen, überhaupt keine Zinsen zur Last geschrieben werden (vgl. Staub a. 106 § 2, a. 108 § 5). Auf Seite 157 V desselben Paragraphen kommt weiterhin der Mangel einer Erörterung der Rechtsverhältnisse am Gesellschaftsvermögen darin zum Ausdruck, daß gesagt wird:

> „Das Recht des Gesellschafters an dem Activsaldo ist persönliches Eigenthumsrecht; es ist daher möglich, daß er über dieses sein persönliches Eigenthumsrecht, sein sog.

Digitized by Google

Antheilsrecht, frei verfüge, seinen Antheil veräußere oder sonstwie einem Dritten ein Recht daran (oder an seinem Gewinn) gewähre."

Denn die („latenten") Antheile am Gemeinschaftsgute sind bei der offenen Handelsgesellschaft, wie grundsätzlich bei der deutschrechtlichen Gemeinschaft zur gesammten Hand (vgl. § 717 des bürgerlichen Gesetzbuchs), unübertragbar; der Activsaldo aber ist bei Bestand der Gesellschaft überhaupt kein fester Anspruch, sondern nur eine Rechnungssumme („fictive Ziffer" Staub). Der einseitigen Verfügung des Gesellschafters unterliegt somit nur seine Forderung auf Zins, Gewinn und Auseinandersetzungsguthaben, und diese Verfügung ist die Cession von (gegenwärtigen oder künftigen) Forderungsrechten (Staub a. 98 § 6), nicht die Veräußerung von Eigenthum (R.G. XVIII S. 43 ff.). Vgl. a. 119 H.G.B. Daß endlich a. 96 II H.G.B. nur ein Beispiel stillschweigender Gestattung des Concurrenzbetriebes hervorhebt, bedurfte der S. 159 VIII enthaltenen Begründung nicht, nachdem das Gesetz selber sagt, „ist schon dann anzunehmen . . ."

Im folgenden Paragraphen könnte S. 164 f. der Satz, daß die Vertretungsbefugniß „mit Entstehung der Gesellschaft d. h. Dritten gegenüber mit dem Tage der Eintragung derselben in das Handelsregister (a. 110), für die durch späteren Vertrag bestellten Vertreter mit dem Tage der Anmeldung dieser Vereinbarung zum Handelsregister entstehe", zu dem Irrthum verleiten, als sei die Eintragung Bedingung einer rechtswirksamen Vertretungsmacht (s. dagegen R.O.H.G. II S. 39, XV S. 22).

In § 51 versucht P. — wie bereits bemerkt — die allein aus der gesetzlichen Anerkennung der Sondergutsnatur des Gesellschaftsvermögens erklärbaren Vorschriften der a. 119—122 H.G.B. auf das obligationenrechtliche Verhältniß unter den Gemeinschaftern zurückzuführen. Wodurch ein Gesellschaftsconcurs möglich wird, welches die Bedeutung des — jedenfalls noch

Digitized by Google

in Deutschland geltenden — a. 122 ist, was zur Theilungs-, was zur Schuldenmasse des Gesellschaftsconcurses gehört, bleibt völlig unerörtert (s. dagegen z. B. Cosack 3. Auflage S. 560 f., S. 583 bis 585). Die de lege ferenda ganz verfehlte Anordnung einer nothwendig gleichzeitigen Eröffnung der Einzelganten im Falle des Gesellschaftsconcurses, wie sie das österreichische Recht kennt, erscheint dem Verfasser insofern billigenswerth, „als vermöge der correalen und unbeschränkten Haftung der Gesellschafter die Gesellschaft so lange nicht als insolvent angesehen werden kann, als nicht auch alle Gesellschafter insolvent sind", was mit der in a. 119 bis 122 H.G.B. anerkannten Sondergutseigenschaft des Gesellschaftsvermögens schlechterdings unvereinbar ist. Unhaltbar ist es ferner, wenn P. S. 169 N. 13 behauptet, ein „ähnliches Ergebniß" wie der (vom gesetzgeberischen Standpunkte aus gleichfalls nicht zu rechtfertigende) § 200 III der österreichischen Concursordnung sollen die §§ 14 und 44 R.C.O. erzielen. Denn § 44 kommt bei der Geschlossenheit des Gesellschaftsvermögens — was auch in Deutschland übersehen wird — thatsächlich nicht zur Anwendung. Derselbe bewilligt an dem nach Abzug der Gemeinschaftsschulden ermittelten Nettoanteil des Cridars den übrigen Gemeinschaftern ein Absonderungsrecht zur Sicherung ihrer Gemeinschaftsforderungen (Motive der Concursordnung S. 223 ff.). Die Gemeinschaftsschulden werden also schon nach allgemeinem Grundsatze — bona non intelliguntur nisi deducto aere alieno — in Abrechnung gebracht; erst hinsichtlich des verbleibenden reinen Antheils kommt § 44 in Frage, indem er z. B. einem Gesellschafter bei der römischen societas für seine gesellschaftlichen Aufwendungs- und Erstattungsansprüche (actio pro socio) ein Absonderungsrecht gewährt. Bei der offenen Handelsgesellschaft aber fallen in Folge der Sondergutsnatur des Gesellschaftsvermögens alle zu Gesellschaftszwecken gemachten Auslagen unter die Gesellschaftsschulden (a. 93 H.G.B.), werden dementsprechend verbucht und auf den Conten der Gesellschafter als Gesellschaftspassiva

Digitized by Google

verrechnet, während die Erstattungsforderung dem auslegenden Gesellschafter — wenigstens nach strenger Regel — auf einem Separatconto zu buchen ist. (Vgl. Staub a. 93 § 2). Jedenfalls wird diese Forderung ganz wie andere wahre Gesellschaftsschulden schon im Auseinandersetzungsverfahren bereinigt (a. 137 H.G.B.), so daß gegenüber einem Gesellschafter mit Activsaldo eine actio pro socio, für welche nach § 44 C.O. ein Absonderungsrecht beansprucht werden könnte, gar nicht in Frage kommt. Hat aber der Gesellschafter einen Passivsaldo, so fließt kein Vermögenswerth zu seiner Concursmasse, an dem jenes Absonderungsrecht ausgeübt werden könnte. Befindet sich andererseits die Gesellschaft selber in Concurs, so folgt sie in Deutschland den Activsaldo eines Theilhabers eben so wenig aus, als sie dessen Passivsaldo unter dem Titel einer Gesellschaftsforderung zur Gesellschaftsconcursmasse einzieht.

Bei der Behandlung der Auflösungsgründe in § 52 wird unter Ziff. 1 gesagt, es stehe den Gesellschaftern frei, nach Concursbeendigung eine neue Handelsgesellschaft zu bilden, wobei es gleichgiltig sei, wie der Concurs beendigt wurde. Begründet ist hier der mit Staub gegen Gareis-Fuchsberger vertretene Satz, daß auch ein vergleichs- und einstellungsweise geschlossenes Concursverfahren auflösende Wirkung habe; andererseits ist aber auch im Falle einer Auflösung durch Eröffnung des Gesellschaftsconcurses die Möglichkeit einer Fortsetzung der alten Gesellschaft d. h. einer Rückverwandlung der Auseinandersetzungsgemeinschaft in die ursprüngliche offene Handelsgesellschaft nicht ausgeschlossen (R.G. bei Bolze XI n. 264, sowie Entscheidungen XXVIII S. 130ff.). Die unter Ziff. 3 daselbst aufgestellte Ansicht, die Concurseröffnung über das Vermögen eines Mitgliedes löse die Gesellschaft ipso iure auf, und „da das Gesetz nichts weiter bestimme, könne diesbezüglich weder im Gesellschaftsvertrage noch in einem späteren Vertrage Anderes vereinbart werden", trifft nur insofern zu, als nicht schon vor Eintritt dieses Auflösungsgrundes die Fortsetzung

Digitized by Google

der Gesellschaft mit dem verganteten Theilhaber beschlossen werden kann (dies uns nicht mehr sagt Staub a. 123 § 6, auf den sich P. bezieht). Wohl aber können vor Privatconcurseröffnung, sei es im Gesellschaftsvertrage selbst oder in einer Ergänzungsvereinbarung, alle Gesellschafter nach a. 127 H.G.B. dahin übereinkommen, daß ungeachtet des Ausscheidens Einzelner in Folge Vermögensverfalles die Gesellschaft mit dem Uebrigen „fortgesetzt" werden solle (Staub a. 127 § 2), und selbst nach Concursausbruch noch kann die „Fortsetzung" der Gesellschaft durch die übrigen Gesellschafter zwischen diesen und dem Privatconcursverwalter vereinbart werden (Behrend S. 550 N. 9, v. Hahn a. 127 § 3). Zu einer „Neugründung" bedürfen die übrigen Theilhaber dieser Zustimmung des Privatconcursverwalters nicht.

In dem die Liquidation der Gesellschaft behandelnden § 53 führt P. S. 184f. mit Recht aus, daß a. 137 II H.G.B. auf den Fall der Verpfändung gesellschaftlicher Liegenschaften nicht ausgedehnt werden dürfe, da a. 137 die Veräußerungsmacht der Liquidatoren grundsätzlich anerkenne, die Verpfändung als minus nicht ohne Weiteres dem plus der Totalveräußerung gleichzustellen sei, und das Nichterwähnen der Belastung neben der Veräußerung im Gegensatze zu a. 42 und 114 H.G.B. auf eine entsprechende Willensmeinung des Gesetzgebers schließen lasse. Der erste Absatz der Ziff. 6 auf S. 185, sowie deren Schlußabsatz S. 186 stehen so offensichtlich unter dem Einflusse von Staub (a. 137 § 7 bezw. § 23), daß ein Verweis wohl angezeigt gewesen wäre. Ueberhaupt muß man sich fragen, warum bei dem fast in jedem Paragraphen bemerkbaren Einflusse dieses vorzüglichen Kommentators dessen meisterhafte Ausführungen zu a. 91 § 6 und a. 106 § 5 unbeachtet geblieben sind.

Im Schlußsatze des von der „Verjährung" handelnden § 56 sagt P., auch durch „Rechtshandlungen gegen einen geschäftsführenden Gesellschafter in der Zeit zwischen der Auflösung der Gesellschaft und der Ernennung der Liquidatoren" werde arg.

Digitized by Google

a. 148 H.G.B. die zu Gunsten eines derzeitigen Mitgliedes laufende Verjährung unterbrochen, „da diese geschäftsführenden socii bis zur Aufstellung der Liquidatoren die Gesammtheit der Gesellschaft vertreten". Abgesehen von der bedenklichen Vertauschung der Begriffe „Geschäftsführung" und „Vertretung" muß demgegenüber betont werden, daß Geschäftsführung wie Vertretung mit der Gesellschaftsauflösung sofort ein Ende nehmen (R.O.G.H. V S. 390, VII S. 71, R.G. XVI S. 3). Wohl aber wäre eine entsprechende Ausdehnung des a. 148 dahin gerechtfertigt, daß jene Einzelverjährung durch Anmeldung zur Gesellschaftsgantmasse unterbrochen werde, zumal die einzelnen Mitglieder als Gemeinschuldner des Gesellschaftsconcurses zu betrachten sind (vgl. R.C.O. § 13, österr. C.O. § 8).

Der von der „fortgesetzten Gesellschaft" handelnde Schlußparagraph (§ 57) endlich ist mit Rücksicht auf die im Vorstehenden bereits erwähnten Fälle einer Fortsetzung der offenen Handelsgesellschaft zu eng gefaßt.

Wenn so auch im Einzelnen noch manche Veränderungen und Verbesserungen in späteren Auflagen erwünscht erscheinen — auch unsere deutschen Handelsrechtslehrbücher haben in neuen Auflagen wesentlich gewonnen —, so darf doch der große Fleiß, mit welchem P. die gegenwärtige Litteratur verarbeitet, und das unverkennbare Geschick, mit dem er den gewaltigen Stoff in klare, übersichtliche Form gefaßt hat, nicht zu gering angeschlagen werden, zumal in Oesterreich, wo der Mangel an systematischer Litteratur die Darstellung des einheimischen Rechts ganz bedeutend erschwerte. Auch neben dem vorzüglichen v. Canstein'schen Lehrbuche, auf dessen Erscheinen P. nicht rechnen konnte, wird dieser Leitfaden dem österreichischen Studenten ein werthvolles Hülfsmittel, ja selbst — was der Einsender dieser Besprechung persönlich empfunden hat — dem späteren Studium, sowie der Praxis in Deutschland und Oesterreich durch die Fülle seines Inhalts von Nutzen sein.

Digitized by Google

3. Gareis, Carl, Das deutsche Handelsrecht, ein kurzgefaßtes Lehrbuch des im Deutschen Reiche geltenden Handels-, Wechsel- und Seerechts. Fünfte, neudurchgearbeitete und vielfach veränderte Auflage. Berlin, J. Guttentag. 1895. XXIV, 896 S.
4. Cosack, Conrad, Lehrbuch des Handelsrechts. Dritte, umgearbeitete Auflage. Stuttgart, Verlag von Ferdinand Enke. 1895. XVI, 830 S.

Die systematische Litteratur des deutschen Handelsrechts hat im Laufe des verflossenen Jahres eine außergewöhnliche Bereicherung erfahren: neben drei neuerschienenen Lehrbüchern, einem „Compendium" und einem „Lehrbuch" des österreichischen Handelsrechts von R. v. Canstein, sowie einen „Leitfaden" desselben Rechts von Pollitzer sind zwei der Darstellung des deutschen Reichsrechts gewidmete, längst rühmlich bekannte Werke unter tiefgreifender Umarbeitung und einer teilweise sehr bedeutenden Ergänzung in neuen Auflagen erschienen. Namentlich das Gesellschaftsrecht, der Eisenbahn-, Post-, Telegraphen- und Fernsprechverkehr, die Binnenschifffahrt, sowie das Börsen- und Bankwesen sind in diesen neuen Auflagen mit den Fortschritten der Gesetzgebung, Rechtsprechung und Rechtslehre in Einklang gebracht worden, so daß beide Lehrbücher in ihrer jetzigen Gestalt auf der Höhe der Wissenschaft stehende und bei aller Kürze vollständige Darstellungen des geltenden Reichshandelsrechts bieten.

A. Das besonders unter der akademischen Jugend beliebte, aber auch sonst verbreitete und bereits im Auslande (Uebersetzung in die russische und italienische Sprache) zur Geltung gelangte Gareis'sche Lehrbuch hat sich in fünfter Auflage zu einem bei der Kleinheit des Formates geradezu nach Entbindung schreienden Volumen entwickelt. Die wesentlichste Neuerung dieser Auflage ist die Aufnahme einer sehr übersichtlich gehaltenen und eingehenden Darstellung des Rechtes der Gesellschaften mit beschränkter Haftung (§ 40a S. 345—382), die Gareis entsprechend seiner in der Theorie wohl nur von Dahn und Fuchsberger getheilten Auffassung des Wesens der Verbandsperson als „Realassociationen

Digitized by Google

mit mindestens relativer juristischer Persönlichkeit" (S. 345 vgl. S. 173 ff.) bezeichnet. Warum Gareis dieser Gesellschaftsform nicht wie der Actiengesellschaft schlechthin juristische Persönlichkeit zuerkennt, ist nach seinen S. 377 gemachten Ausführungen schwer verständlich. Von den übrigen Neuerungen der fünften Auflage verdient die Umarbeitung des Eisenbahnfracht- und des Postverkehrsrechtes (§§ 67 und 68 S. 555 ff.), sowie die Neueinfügung des Reichstelegraphenrechtes (§ 69 S. 574 ff.) besonderer Erwähnung. Grundlegende oberstrichterliche Entscheidungen — nicht bloß des Reichsgerichts — sind überall sorgfältig nachgetragen, die Hauptwerke der neuesten Litteratur durchaus in sachgemäß knappem und doch genügendem Umfang angezogen. Von Einzelheiten sei zunächst hervorgehoben, daß Gareis S. 144 Note 1a im Gegensatze zu weitverbreiteter, namentlich von Laband, v. Hahn, Staub, Adler und Hergenhahn-Tuchatsch vertretener Lehre mit Recht den Satz aufstellt: keine Handelsgesellschaft ohne Gesellschaftsvertrag! Dies entspricht vollkommen der Begriffsbestimmung des a. 85 H.G.B. „Eine offene Handelsgesellschaft ist vorhanden, wenn zwei oder mehrere Personen ein Handelsgewerbe unter gemeinschaftlicher Firma betreiben und bei keinem der Gesellschafter die Beteiligung auf Vermögenseinlagen beschränkt ist." Denn es geht offenbar nicht an, die Parteien beim verzinslichen oder unverzinslichen Darlehn, bei der Dienstmiethe, der Schenkung oder sonst einem Schuldverhältniß als „Gesellschafter" zu bezeichnen. Auch muß das Rechtsgebilde der offenen Handelsgesellschaft, wenn es gleich ohne Eintragung entstehen kann, doch immerhin einer Eintragung fähig sein; denn die „Gesellschafter" sind zur Anmeldung behufs Registrirung verpflichtet, Wesenserfordernisse dieser Anmeldung aber sind bestimmte Angaben über „Gesellschafter" und „Gesellschaft" (a. 86 H.G.B.). „Gesellschaft" kann das Rechtssubject der Verbandsperson oder das Rechtsverhältniß der Societät, „Gesellschafter" das Mitglied beider Personenvereinigungen bedeuten; ein dritter Sinn aber kann diesen

Digitized by Google

Ausdrücken nicht innewohnen. Der Begriff der Gesellschaft muß daher, wie das Reichsgericht (Bd. X S. 102) gelegentlich bemerkt zur Ergänzung der Legaldefinition in a. 85 H.G.B. herbeigezogen werden.

Dagegen ist es schwerlich zu billigen, wenn Gareis S. 173 behauptet, ein durch Zwangsvergleich oder Einstellung des Verfahrens beendigter Concurs habe die „Auflösung" der Gesellschaft gemäß a. 123 Z. 1 H.G.B. nicht zur Folge, diese Wirkung äußere vielmehr nur eine „endgiltige" Concurseröffnung. Ganz abgesehen von der Unerträglichkeit des Schwebezustandes, den diese Ansicht bedingt, widerstreitet letztere der Thatsache, daß auch ein vergleichs- oder einstellungsweise endigendes Concursverfahren ein definitives ist, das ebenso wie das normale, mit Auftheilung der Masse schließende Verfahren dauernde Rechtswirkungen im Gefolge hat, indem namentlich dort wie hier die gantmäßige Feststellung dem wiederum verfügungsbefugten Schuldner gegenüber bindend bleibt (C.O. §§ 179 und 192 II verb. m. § 152). Nur eine Rückgängigmachung des Concurses im Wege erfolgreicher Anfechtung des Eröffnungsbeschlusses (C.O. § 101) hat die — von Rechtswegen und ohne eine Unterscheidung unter den einzelnen Concursbeendigungsgründen — mit jeder rechtsbeständigen Concurseröffnung verknüpfte Gesellschaftsauflösung nicht zur Folge. — Schließlich sei erwähnt, daß Gareis S. 164 die vielerörterte Streitfrage, ob das im Gesellschaftsprozesse erstrittene Urtheil in das Privatvermögen der einzelnen Mitglieder vollstreckbar ist, für den Fall bejaht, daß der Name des persönlich zu verfolgenden Gesellschafters in der Firma enthalten oder doch hinter dieser Firma im Urtheil angeführt ist. Das Reichsgericht hat sich in einer von Gareis nicht angezogenen Entscheidung (Bd. XIII S. 97) bekanntlich dahin ausgesprochen, daß es zur unmittelbaren Vollstreckung in das Privatvermögen der Gesellschafter nicht genüge, wenn im Rubrum eines Urtheils die Mitglieder einzeln hinter der beklagten Firma aufgeführt sind. Ebensowenig kann der Um-

Digitized by Google

stand, daß die Namen der Mitglieder in der Firma stehen, als hinreichend erachtet werden. Denn beidemal sind die Gesellschafter im Processe der Firma hinsichtlich ihrer persönlichen Rechtsverhältnisse nicht vertreten und demgemäß außer Stande, Einwendungen vorzuschützen, die bloß ihre Person betreffen: die Urtheilswirkung reicht nicht weiter als die Vertretung (siehe namentlich v. Hahn a. 112 § 9, 4. Aufl. S. 483 f.).

B. Das Cosack'sche Lehrbuch hat binnen kurzer Frist die dritte Auflage erlebt und mit jedem Jahre an Einfluß auf Theorie und Judicatur gewonnen. Man mag es dem Einsender dieser Besprechung, der die erste Auflage als Student, die folgende im praktischen Vorbereitungsdienste durchgearbeitet hat und nun die dritte fast täglich benutzt, zu Gute halten, wenn er diesem Lehrbuch, dessen stetige Vervollkommnung nur der mit dem Lehrer fortschreitende Schüler ganz zu ermessen vermag, den Vorrang unter den eigentlichen Lehrbüchern des deutschen Handelsrechts zuerkannt wissen möchte. (Behrend's leider noch lange nicht zu Ende geführtes Meisterwerk wird ungeachtet seines Titels unter die „Handbücher" zu rechnen sein.) Noch vor wenigen Jahren hat ein namhafter deutscher Privatrechtslehrer seinen Hörern vom Studium dieses Buches wegen angeblicher Systemlosigkeit abgeraten. Der Vorwurf ist ungerecht und unrichtig gewesen — man hätte eher ein Zuviel als ein Zuwenig an System tadeln dürfen — und heute ohne jede Spur verhallt, obgleich die Anordnung des Stoffes durch alle Auflagen die gleiche geblieben ist. Nachdem in zweiter Auflage Wechsel- und Versicherungsrecht neu aufgenommen und zugleich eine wesentliche formale Aenderung dahin getroffen worden war, daß ein großgedruckter „Text" für den Anfänger und ein kleingedruckter „Commentar" für das vorschreitende Studium unterschieden wurde, hat die gegenwärtige Auflage außer einigen rechtsgeschichtlichen Ergänzungen und einer Neubearbeitung des Firmen-, Marken-, Börsen-, Wechsel-, Gesellschafts- und Versicherungsrechtes eine Reihe von Rechtsinstituten (Binnenschifffahrt,

Digitized by Google

Promessen- und Abzahlungsgeschäfte, Viehhandel u. s. w.) ganz neu aufzuweisen. Eine große Anzahl meist der Praxis entnommener Beispiele erleichtert die Auffassung und hält dem Leser fortgesetzt die eminent praktische Bedeutung des Stoffes vor Augen. Dabei bietet Cosack ein reiches Detail, das seinem Lehrbuch namentlich in der Hand des Praktikers den längst anerkannten Werth verleiht. Die zahlreichen eigenartigen Aufstellungen der ersten Auflage sind vom Verfasser keineswegs in Hartnäckigkeit festgehalten, sondern mehrfach mit einsichtsvollem Nachgeben geändert, mehrfach aber auch durch eingehendere Begründung präcisirt worden. Merkwürdigerweise hat sich die Ansicht, daß das Eigenthum an Inhaberpapieren nach a. 307 H.G.B. nur auf Grund eines rechtsgiltigen Handelsgeschäfts erworben werde (3. Auflage S. 104 und 143), in der Litteratur nicht einzubürgern vermocht, obgleich außer den durchaus stichhaltigen von Cosack in's Feld geführten Gründen doch wohl zu erwägen wäre, daß es sich um eine sachenrechtliche Vorschrift handelt, zu deren „allgemeiner" Regelung das Reich bei der die einzelstaatliche Einführung außer Kraft setzenden Erhebung des Handelsgesetzbuches zum Reichsgesetz noch gar nicht zuständig war (Reichsverfassung a. 4 Ziff. 13 in ursprünglicher Gestalt). Das künftige bürgerliche Recht wird dem Streit ein Ende machen, indem § 935 II den redlichen Erwerb von Inhaberpapieren, auch von abhandengekommenen, schlechthin für rechtsbeständig erklärt.

Andererseits sind manche noch in dritter Auflage vertretene Ansichten für die Dauer kaum zu halten. So will Cosack S. 151 f. die Ausübung des Retentionsrechts nach a. 313 II H.G.B. schon bei „stillschweigender Zusage" des Gläubigers, die Sache an den Schuldner zurückzugeben, ausgeschlossen wissen; lediglich im Falle einer Uebergabe zwecks Sicherstellung soll ein Retentionsrecht begründet sein. Allein a. 313 II kann unmöglich die bei jeder Zurückbehaltung in der Natur des Rechtsverhältnisses begründete Herausgabepflicht im Auge haben — sonst wäre ein wahres

Digitized by Google

Retentionsrecht begrifflich verneint —, sondern nur den Fall, daß die Zurückgabe an den Schuldner besonders bedungen oder aber die Weitergabe an einen Dritten unmittelbarer und wesentlicher Inhalt des die Verfügungsmacht begründenden Handelsgeschäfts ist. So sind geliehene, hinterlegte, früher verpfändete, behufs eines nicht ausführbar gewordenen oder rückgängig gemachten Kaufes übergebene, zur Ausbesserung erhaltene Sachen lediglich kraft eigener Rückgabeclausel der Retention entzogen, während die dem Spediteur oder Frachtführer zur Weitersendung, dem Commissionär zum Verkaufe anvertrauten Waaren auch ohne besonderen Beding gegen Zurückbehaltung geschützt sind. (In diesem Sinne namentlich Staub a. 313 § 12 und Note 1, sowie v. Canstein, Lehrbuch des österreichischen Handelsrechts II S. 36.)

Ganz gewiß unhaltbar ist die S. 560 von Cosack aufgestellte Ansicht, daß die Gesellschafter im Concurse der offenen Handelsgesellschaft nicht Gemeinschuldner seien und demgemäß ihr Reichstagswahlrecht nicht einbüßten, weil als Gemeinschuldner nur der betrachtet werden dürfe, „dessen Gesammtvermögen in Concurs verfallen ist". In erster Auflage (S. 430) war gesagt worden, der Gesellschafter könne sein Guthaben im Gesellschaftsconcurse um deßwillen nicht liquidiren, weil er selbst Gemeinschuldner sei; auf den Widerspruch von Oetker (Concursrechtliche Grundbegriffe I S. 145 N. 3: „Kridar ist die Gesellschaft als solche") änderte jedoch Cosack bereits in zweiter Auflage (S. 487) seinen Standpunkt in dem auch jetzt noch festgehaltenen Sinne. Wäre derselbe begründet, so gäbe es im Sonderconcurse überhaupt keinen Gemeinschuldner, was einfach undenkbar erscheint. Gemeinschuldner ist das Subject der Schulden- und Theilungsmasse, also im Gesellschaftsconcurse — sofern der Gesellschaft nicht eigene Rechtspersönlichkeit zukommt — jedes einzelne Mitglied (vgl. die Folgerungen aus diesem Satze in §§ 199, 200 C.O.), das demgemäß die Rechte eines Gemeinschuldners auszuüben, die Verbindlichkeiten eines solchen zu erfüllen und dessen Rechtsminderungen zu erleiden hat.

Digitized by Google

Sein Guthaben kann der Gesellschafter darum nicht als Concursforderung geltend machen, weil dasselbe ein Theil des gesellschaftlichen Gesammtrechts ist; mit seinen Auslageansprüchen (a. 93 H.G.B.) aber ist er — was Cosack 3. Auflage S. 584 ohne Grund bestreitet — Concursgläubiger, weil nach der ausdrücklichen Vorschrift des Gesetzes für solche Forderungen „die Gesellschaft verhaftet", der Erstattungsanspruch somit als „reine Gesellschaftsschuld" zu betrachten ist. Auch die analoge Ausdehnung des § 201 C.O. auf das gantfreie Einzelvermögen (S. 585) ist — wie der Einsender an anderer Stelle ausführlich darlegen wird — nicht zu billigen.

Schließlich muß auch die S. 586 im Anschlusse an eine Entscheidung des Reichsgerichts (Bd. V S. 57) vertretene Meinung, daß während des Gesellschaftsconcurses die Verjährung einer Gesellschaftsschuld „ruhe", als irrthümlich bezeichnet werden, da die Anmeldung zum Gesellschaftsconcurse gleich einer Klageerhebung die Verjährung der Gesellschaftsschuld als solcher „unterbricht" C.O. § 13), da ferner schon während des Gesellschaftsconcurses gegenüber verganteten Theilhabern die sofortige Vollanmeldung zur Privatgant (C.O. § 201), gegenüber concursfreien die Erhebung einer Feststellungsklage möglich ist und da jene Anmeldung wie diese (positive Feststellungs-) Klage die Verjährung gleichermaßen unterbrechen. Für die Anwendung des Grundsatzes „agere non valenti non currit paescriptio" ist sonach kein Raum. Wann aber nach Eintritt der Unterbrechung eine neue Verjährungsfrist zu laufen beginnt, entscheidet das bürgerliche Recht, und auch die Dauer dieser Frist ist die allgemeine bürgerlichrechtliche, nicht — wie Cosack an letztgenannter Stelle behauptet — die fünfjährige des a. 146 H.G.B. Siehe darüber neuestens Reichsgericht XXXV S. 24 ff.

München. Dr. Ernst Jaeger.

Digitized by Google

III.

Civilproceß.

Cretschmar, Die auf den Civilproceß bezüglichen Normen des rheinpreußischen Landesrechts, im Anschlusse an die Reichscivilproceßordnung dargestellt. Freiburg i. B. und Leipzig, Akademische Verlagsbuchhandlung von J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1895. XII, 336 S.

Zu einer Darstellung der das Reichscivilproceßrecht ergänzenden und ausführenden Normen des rheinpreußischen Landesrechts, die im gesammten rheinisch-französischen Rechtsgebiete seit Langem als dringendes Bedürfniß empfunden wurde, war nicht wohl ein anderer Schriftsteller in gleichem Maße berufen, wie C., dessen bereits 1892 in dritter Auflage erschienenes „rheinisches Civilrecht in seiner heutigen Geltung" alle anderen litterarischen Leistungen gleichen Inhalts bedeutend an wissenschaftlichem Werth überragt und die Befähigung des Verfassers gerade für die vorliegende — einen vierten landesrechtlichen Anhang zum Gaupp'schen Kommentar der Civilproceßordnung bildende — Bearbeitung außer Zweifel stellte. C. hat denn auch die keineswegs einfache Aufgabe mit einem Geschick und einer Gründlichkeit gelöst, die seinem Werke nicht bloß für die rheinpreußische Praxis, sondern auch in den übrigen deutschen Gebietstheilen des französischen Rechts eine hervorragende Brauchbarkeit verleiht.

Nachdem der Verfasser in der „Einleitung" das vor Inkrafttreten der Reichsjustizgesetze in den Rheinlanden maßgebende gerichtliche Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten kurz skizzirt

Digitized by Google

und die in Ausführung der Civilproceßordnung ergangenen preußischen Hauptgesetze zusammengestellt hat, führt er auf S. 5—228 die als Ergänzung der Proceßordnung und ihres Einführungsgesetzes noch fortbestehenden bezw. neuerlassenen Normen des rheinpreußischen Landesrechts im Anschlusse an das System dieser Reichsgesetze zu deren einzelnen Paragraphen auf, greift aber dabei mehrfach über den Rahmen der eigentlichen Aufgabe hinaus. Eine besonders eingehende Behandlung erfahren „die Zulässigkeit des Rechtsweges" und „der Competenzconflict" in den Vorbemerkungen (S. 5—45), sowie die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen (S. 164—199). Bei Darstellung dieses letzteren (reichsrechtlich nur hinsichtlich der Gerichtszuständigkeit und des Verteilungsverfahrens geregelten) Vollstreckungsprocesses behandelt C., wie er S. 164 hervorhebt, im Interesse der Uebersichtlichkeit und mit Rücksicht auf das stetige Vordringen des Gesetzes vom 13. Juli 1883 „betreffend die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen" nur diese neue Vollstreckungsordnung, nicht zugleich die noch für viele Bezirke geltende Subhastationsordnung für die Rheinprovinzen vom 1. August 1822, was angesichts der provisorischen Dauer dieses Zwitterzustandes nur gebilligt werden kann. Den Schluß des Buches (S. 227—341) bildet der als „Beilagen" angefügte Text nachfolgender preußischer Ergänzungsgesetze: Ausführungsgesetz zum Gerichtsverfassungsgesetz vom $\frac{\text{24. April 1878}}{\text{16. Mai 1887}}$, sowie zur Civilproceßordnung vom 24. März 1879, ferner die Hinterlegungsordnung vom 14. März 1879, die Verordnung betreffend das Verwaltungszwangsverfahren wegen Eintreibung von Geldbeträgen vom 7. September 1879, das obengenannte Vollstreckungsgesetz vom 13. Juli 1883, das Gerichtskostengesetz vom 25. Juni 1895, die Gebührenordnung für Notare vom gleichen Tage und das Gesetz betreffend die Ergänzung des § 98 der Hinterlegungsordnung vom 14. Juli 1895. Auch ist ein alphabetisches Sachregister beigegeben.

Digitized by Google

Nach der ganzen Anlage des Buches muß sich eine Besprechung auf die Würdigung einzelner Fragen beschränken, deren wichtigste kurz hervorgehoben werden sollen.

Bei der Erörterung des abgeleiteten Gerichtsstandes (C.P.O. § 17) sagt C. S. 60:

> „§ 17 regelt die Materie des abgeleiteten Gerichtsstandes erschöpfend, so daß, wenn a. 108 die Bevormundeten beim Vormunde, a. 109 die Dienstboten bei der Dienstherrschaft ihr gesetzliches Domicil haben lassen, dies jedenfalls für den Gerichtsstand nicht mehr ausschlaggebend ist, vielmehr da §§ 13 ff. C.P.O. entscheiden, die freilich der Regel nach sicher nicht zu einem anderen Ergebnisse führen."

Diese Fassung ist offensichtlich unhaltbar; es sollte heißen: a. 108 code civil kommt für den Gerichtsstand der in § 17 CPO nicht erwähnten „Bevormundeten" als fortgeltende materiellrechtliche Wohnsitzbestimmung gemäß § 13 CPO in Betracht. Vgl. Petersen, Kommentar zur Civilproceßordnung 3. Auflage S. 37, Stern, Der code civil, 2. Auflage zu a. 108. Wohl aber muß die daselbst niedergelegte Ansicht C's., daß für die von ihrem Manne verlassene Ehefrau bei Unbekanntheit seines Aufenthaltsortes die Fiction des § 18 CPO nicht Platz greife, weil das gesetzliche Domicil der Ehefrau im ehelichen Schutzverhältnisse seine Grundlage habe, durchaus gebilligt werden: die im Stiche gelassene Ehefrau begründet bis zur Bekanntgabe eines neuen ehemännlichen Domicils selbständig ihren Wohnsitz und ihren Gerichtsstand. Auch mag es mit Rücksicht auf a. 348 code civil (l'adopté restera dans sa famille naturelle) gerechtfertigt erscheinen, wenn C. die Adoptivkinder vom Begriffe der „den ehelichen gleichgestellten Kinder" (CPO § 17 II) ausschließen will — anders Petersen a. a. O. S. 38—, wenngleich nicht übersehen werden darf, daß im rheinischen Recht (a. 346 code civil) — von einer ganz unpraktischen Ausnahme abgesehen (a. 366) — nur Großjährige adoptirt werden können, die einer selbständigen Wohnsitzbegründung fähig sind.

Digitized by Google

Warum der zweite Satz des § 24 CPO nur von solchen Forderungen gelten soll, „welche nach a. 1247 code civil an dem Wohnsitze des Schuldners zahlbar sind" (S. 62), ist, nachdem das Gesetz eine solche Beschränkung nicht aufstellt, vollkommen unerfindlich. Zu den folgenden Sätzen dieses Paragraphen ist, was im Interesse der Handhabung des Buches beiläufig bemerkt sei, im Texte versehntlich auf die in Note 15 angezogene Reichsgerichtsentscheidung, welche den Ausführungen zu Grunde liegt, der Verweis fortgelassen.

Bei § 19 führt der Verfasser in Anlehnung an die Praxis des Reichsgerichts (Bd. X S. 282) zutreffend aus, daß der Bürge nicht ohne Weiteres im Gerichtsstande der Hauptschuld verklagt werden könne; indessen ist mit dem Reichsgericht (bei Bolze XV n 241 und 567) für den Fall der Belangung eines Solidarbürgen durch den Gläubiger oder einen subrogirten Mitbürgen eine Ausnahme anzuerkennen.

Etwas dürftig sind die Ausführungen zu § 32 ausgefallen, wo man insbesondere eine Stellungnahme zu der nach Landesrecht zu entscheidenden Streitfrage erwartet, ob die Klagen aus einer außerehelichen Schwängerung die Natur von Delictsansprüchen haben. Im rheinischen Recht ist diese Frage nicht bloß für den Fall der Nothzucht, sondern auch für denjenigen der Entführung und für die — vom Reichsgericht neuerdings freilich nicht mehr anerkannten — Fälle der Täuschung und des Ansehensmißbrauches zu bejahen. Vgl. Zachariä-Crome, Handbuch des französischen Civilrechts, 8. Auflage Bd. II § 414, sowie Petersen a. a. O. S. 74.

Auf S. 70 beantwortet der Verfasser die Frage, ob die Bestimmungen des code de procédure civile a. 378 ff. über die „récusation" befangen erscheinender Richter bei den durch die Civilproceßordnung nicht berührten Angelegenheiten (Adoption, Ermächtigung der Ehefrau, Vormundschaftssachen) noch heutzutage Geltung haben, was namentlich mit Rücksicht darauf wichtig ist,

Digitized by Google

daß a. 378 im Gegensatze zu § 42 C.P.O. die Ablehnungsgründe erschöpfend aufzählt, mit Recht in bejahendem Sinne. Das von C. geltend gemachte argumentum e contrario, daß §§ 1 und 4 des Ausführungsgesetzes zur Civilproceßordnung einzelne Angelegenheiten und Rechtsstreitigkeiten namhaft mache, auf welche trotz ihrer Nichtzugehörigkeit zum ordentlichen Civilprocesse gewisse Vorschriften der Proceßordnung entsprechend anzuwenden sind, dabei aber die Bestimmungen über Ablehnung von Gerichtspersonen nicht erwähnt, muß als ausschlaggebend erachtet werden, da die Reichsjustizgesetzgebung ihren Wirkungsbereich genau abgegrenzt hat. Dabei ist auch zu beachten, daß die Recusationsgründe des a. 378 nach a. 380 auf den als partie jointe (nicht als partie principale) auftretenden Staatsanwalt anwendbar sind, während das französische Civilproceßgesetz abweichend von § 49 C.P.O. eine récusation des Gerichtsschreibers nicht normirt.

Bei § 50 vermißt man einen Ausspruch über die processuale Handlungsfähigkeit nichtentmündigter Geisteskranker, die nach rheinischem Recht keineswegs als solche proceßunfähig sind, weshalb nach ihrem Tode früherer Mangel der Proceßfähigkeit nur in besonderen Ausnahmefällen geltend gemacht werden kann (code civil a. 501—504; Rheinisches Archiv 78 II 3). Außerdem wäre zu diesem Paragraphen auf S. 74 eine Nachtragsberichtigung dahin vorzunehmen, daß der hier erwähnte Allerhöchste Erlaß vom 24. Nov. 1879 durch einen solchen vom 15. Dec. 1894 aufgehoben ist, dem zu Folge die Staatseisenbahnverwaltung in Processen seit dem 1. April 1895 nicht mehr durch die Eisenbahnbetriebsämter, sondern durch die Eisenbahndirectionen vertreten wird. Endlich ist die auf S. 79 begründete, im Wesentlichen bereits in des Verfassers „Rheinischen Civilrechte" S. 338 niedergelegte Ansicht, daß im französischen Rechtsgebiet außer den vom Staate mit juristischer Persönlichkeit ausgestatteten Vereinen auch gewisse nach Art der Körperschaften organisirte Personenver-

Digitized by Google

bindungen zu idealen Zwecken parteifähig seien, mit der in Theorie und Praxis überwiegenden Ansicht zu verwerfen, weil das objective Recht solchen an sich corporativen Verbänden die selbständige Persönlichkeit versagt. Siehe statt aller Gierke, Deutsches Privatrecht, I S. 471, 633 und 672 mit Literaturangaben. Ein gesetzgeberischer Eingriff im Sinne der §§ 21—23 des bürgerlichen Gesetzbuches war allerdings dringend wünschenswerth.

Eine eigenthümliche Ansicht entwickelt C. zu § 52 S. 81 f., wo er mit der herrschenden Lehre Vergleich, Verzicht und Anerkenntniß unter die einzelnen Proceßhandlungen im Sinne dieser Gesetzesvorschrift rechnet, aber eine Beschränkung dahin gemacht wissen will, daß die Ermächtigung „im Allgemeinen" ertheilt sein müsse, daß also ein Vorbehalt die Proceßführungsmacht des gesetzlichen Vertreters einzuengen im Stande sei. Könne diese Ansicht auch nicht auf §§ 76 ff. C.P.O. gestützt werden, so zwinge doch der Wortlaut des § 52 zu einer derartigen Einschränkung.

> „Was sollte der Zusatz „im Allgemeinen" bei Ermächtigung zur Proceßführung bedeuten, wenn nicht als Gegensatz die Ermächtigung zur Proceßführung mit Beschränkungen bestände; denn an eine generelle Ermächtigung zur Führung irgendwelcher Processe ist hier ja nicht zu denken. Die Motive, welche sagen: „Ist die nothwendige Ermächtigung zur Proceßführung ertheilt, so sind nach dem wichtigen Princip des § 52 einzelne Proceßhandlungen, zu welchen nach dem bürgerlichen Rechte eine besondere Ermächtigung erforderlich ist, gleichwohl ohne dieselbe gültig", können weder in der einen noch in der anderen Richtung verwendet werden. Denn in diesem Satze fehlen eben die Textworte „im Allgemeinen". Ich folgere also lediglich aus dem Wortlaute des Gesetzes . . . ."

Allein die Worte „im Allgemeinen" wollen doch offenbar nur den Gegensatz zu dem Begriff der „einzelnen Proceßhandlungen" scharf zum Ausdruck bringen, nicht aber auch eine be-

Digitized by Google

schränkte Vertretungsbefugniß anerkennen, was ja direct der in den Motiven (S. 421) unzweideutig ausgesprochene Absicht des Gesetzes zuwiderliefe, „Beschränkungen der Legitimation und der Vertretungsbefugniß wie bei der Prokura gemäß a. 43 H.G.B. nach außen für unzulässig zu erklären, „mögen sie nun auf Willkür einer Partei oder auf einer gesetzlichen Bestimmung beruhen, welche nicht dem Reichsrechte angehört." Wenn schon das Landesgesetz nicht im Stande ist, einer solchen Schmälerung der Proceßführungsmacht gegenüber dritten Personen Wirksamkeit zu verleihen, muß dies umsomehr vom Willen irgend eines Verwaltungsorganes gelten. Ueberdies liefert der an der genannten Stelle der Motive angezogene § 79 C.P.O., der sich gleichfalls an den handelsrechtlichen Grundsatz von der Unbeschränkbarkeit der Prokura anlehnt, aber ausdrücklich für bestimmte Einzelfälle die Einengung der Vollmacht gewillkürter Vertreter anerkennt, ein schlagendes argumentum e contrario dahin, daß die Vollmacht des gesetzlichen Vertreters beim Schweigen des § 52 jenen Ausnahmen nicht unterworfen ist.

Zum § 59 (S. 83) wären namentlich noch als Fälle nothwendiger Streitgenossenschaft nachzutragen: die Geltendmachung des Eigenthumsrechts an einer gemeinschaftlichen Sache gegenüber Dritten durch die Gesammtheit der Miteigenthümer (Miterben) — Reichsgericht XXII S. 373 —, sowie die Servitutenklagen, besonders die Klage eines Grundeigenthümers gegen mehrere Nachbarn auf Einräumung eines Nothwegs (Petersen a. a. O. S. 161). Im Uebrigen ist nunmehr zu vergleichen: Hangen, Fälle der nothwendigen Streitgenossenschaft (1895). Desgleichen vermißt man S. 84 eine Behandlung der praktisch bedeutsamen Streitfrage, welche Rechtsstellung die nach a. 1166, 882 und dem gleichfalls hierher gehörigen dem a. 882 analogen a. 1447 code civil intervenirenden Gläubiger einnehmen, ob C.P.O. § 63 (so Rheinisches Archiv 74 II 101 ff., Stern a. a. O. S. 318 und 529 nebst weiterer Litteratur) oder C.P.O. § 66 (Rheinisches Archiv

Digitized by Google

74 II 111, Petersen a. a. O. S. 178, 4 und 182, 2) auf sie Anwendung zu finden hat.

Mit Recht bemerkt C. S. 94 — im Gegensatze zu einer ganz unverständlichen Bemerkung von Stern a. a. O. S. 458 —, daß von der Trennungsbefugniß des Gerichts nach § 136 II C.P.O. im Falle der compensation légale nach a. 1290 code civil keine Rede sein kann; wohl aber finden nunmehr §§ 136 II und 274 C.P.O. Anwendung hinsichtlich der compensation judiciaire. Siehe die Litteratur bei Petersen S. 316 Nr. 5. Ebenso kann den Erörterungen über die materiellrechtlichen Wirkungen der Rechtshängigkeit (S. 103 f.), sowie über Voraussetzungen und Bedeutung der exceptio rei iudicatae (S. 105 ff.) nur beigepflichtet werden.

S. 151 f. und 210 kommt C. auf seine bereits im Archiv für civilistische Praxis Bd. 64 S. 308 ff. niedergelegten Ansichten über einige Streitfragen aus der Lehre vom Miethpfandrechte zurück. Ganz vereinzelt ist die S. 152 festgehaltene Behauptung geblieben, daß der Vermiether den Gewahrsam der eingebrachten Sachen habe und demgemäß einer Pfändung erfolgreich widersprechen könne (C.P.O. §§ 690, 710). So unhaltbar diese Aufstellung ist, so vermeidet sie doch eine Klippe des Widerspruchs, an der die herrschende Lehre von der Besitzpfandnatur des Miethprivilegs nothwendig scheitern muß: es ist eine unerträgliche Folgewidrigkeit, wenn man dem Vermiether einerseits ein besitzgleiches Herrschaftsrecht an den Illaten zuspricht, welches die einen Gewahrsam voraussetzenden Grundsätze des a. 2279 code civil auch auf das Miethpfandrecht anwendbar mache, auf der anderen Seite aber zugibt, daß er einen zum Widerspruch gegen Pfändungen berechtigenden Gewahrsam nicht habe. Das Sicherungsrecht des Vermiethers ist eben ein gesetzliches Pfandrecht, auf welches die Vorschriften vom Vertragspfande in Ermangelung der Besitzthatsache unanwendbar sind. Die immer wiederkehrende Behauptung — vgl. neuestens v. Wilmowski, C.O., 5. Auflage

Digitized by Google

S. 208 —, daß die Illation dem Vermiether „das Recht und die thatsächliche Möglichkeit verleihe, sich jederzeit in den Gewahrsam der Sachen zu setzen", ist mit allen ihren Folgerungen positiv unrichtig. Zu der weiteren Ansicht von C. aber, der Grundsatz der Motive zur Concursordnung, daß ein bei der Concurseröffnung bestehendes Miethpfandrecht nicht untergehe, wenn die Illaten nachher vom Verwalter zur Masse gezogen und veräußert werden, sei unübertragbar auf die Rechtsverhältnisse außerhalb des Concurses, muß bemerkt werden, daß eine Pfändung die Rechtsstellung des Pfändungspfandgläubigers zu den übrigen Gläubigern ebenso fixirt, wie die Concurseröffnung die Stellung des Absonderungsberechtigten zur Gesammtheit der Concursgläubiger festlegt. Siehe Förster-Eccius, Preußisches Privatrecht, II § 136 Nr. 251 und 266, sowie im Uebrigen meine Abhandlung in der Zeitschrift für französisches Civilrecht XXVI S. 553 ff. und 684 ff., XXVII S. 166 ff., woselbst (XXVI S. 705 ff.) auch die von C. (S. 210) nur unzureichend behandelten Fragen nach Voraussetzungen und Wirkungen vom Arrest und einstweiliger Verfügung erörtert sind.

Dr. Ernst Jaeger.

Digitized by Google

IV.

Strafrecht.

1. Die Strafgesetzgebung der Gegenwart in rechtsvergleichender Darstellung. Im Auftrage der internationalen criminalistischen Vereinigung, herausgegeben von F. v. Liszt. 1. Bd. Das Strafrecht der Staaten Europas. Berlin, Liebmann, 1894. XXVII u. 743 S.

Die Entstehungsgeschichte des Planes zu dem Unternehmen, das Strafrecht der Culturstaaten am Ende des 19. Jahrhunderts in rechtsvergleichender Darstellung vorzuführen, ist von v. Liszt in der: Zur Einführung, Rückblick und Zukunftspläne betitelten Einleitung geschildert. Hier muß die Mittheilung genügen, daß der 1. Bd. eine systematische Einführung in das Strafrecht aller Culturländer, der 2. u. 3. Bd. die Darstellung der allgemeinen Lehren, der 4. u. 5. Bd. diejenige der einzelnen Thatbestände enthalten sollte. Dieser Plan ist nicht einmal in seinem 1. Theile vollständig zur Ausführung gelangt, da der vorliegende 1. Bd. nur das Strafrecht der Staaten Europas umfaßt und die Einführung in das Strafrecht der außereuropäischen Staaten der ersten Hälfte des 2. Bd. vorbehalten blieb.

Ist auch das mit rühmlichem Eifer begonnene Werk bis jetzt ein Bruchstück geblieben, so kommt ihm doch auch in dieser Gestalt ein nicht geringer innerer Werth zu. Die einzelnen Mitarbeiter haben, jeder für das ihm nahestehende Rechtsgebiet, mit ihren kurzen Darstellungen, welche das charakteristische Wesen der strafrechtlichen Zustände in den verschiedenen Ländern hervortreten lassen und einen Ueberblick über den Rechtsstoff sowie über die

Digitized by Google

Litteratur gewähren, ihre Aufgabe so gut gelöst, als es in dem engen Rahmen erwartet werden kann. Die Ungleichheiten im Umfange der einzelnen Arbeiten wie in der Durchführung sind so sehr in dem Gegenstande des Werkes begründet, daß sie weit entfernt davon, ein Fehler zu sein, vielmehr als ein Beweis für die richtige Erfassung und Lösung der Aufgabe gelten können. Centralisation der Gesetzgebung und Rechtseinheit hier, Decentralisation und Particularismus dort, selbständige geschichtliche Entwicklung in dem einen Lande, Anlehnung an fremde Gesetzgebung in einem anderen mußte die Darstellung beeinflussen, sollte ein richtiges Bild gegeben werden. Auch hier kann man sagen: die wahre Gleichheit liegt in der Ungleichheit.

Neue wissenschaftliche Resultate kann man allerdings von solchen kurzen Berichten nicht verlangen, die über den wesentlichen Inhalt der Gesetzgebung orientiren, aber nicht die Gesetze erläutern sollen.

Die Weiterführung der Arbeit durch rechtsvergleichende Darstellung der strafrechtlichen Materien wird, wie der Herausgeber verspricht, einer sehr viel kleineren Zahl von Schriftstellern anvertraut werden, um möglichste Uebereinstimmung und Gleichförmigkeit zu erzielen. Möge die Hoffnung, mit welcher Herausgeber und Mitarbeiter, Verleger und Leser an das Werk herangetreten sind, sich erfüllen, so daß sie das glücklich begonnene Werk auch glücklich fortgesetzt und zu Ende geführt sehen können.

Kleinfeller.

2. Stenglein, M. Die strafrechtlichen Nebengesetze des Deutschen Reiches. Zweite, vermehrte und wesentlich veränderte Auflage. Berlin, Otto Liebmann, 1896. XVI u. 1401 S.

Die zweite Auflage der von Stenglein, Appelius und Kleinfeller erläuterten strafrechtlichen Nebengesetze des Deutschen Reiches folgte in kurzer Zeit der ersten Auflage dieses Werkes — ein Zeichen, wie sehr das Werk einem wirklich vorhandenen Bedürf-

Digitized by Google

nisse abgeholfen hat. Die vorliegende Auflage ist von Stenglein einheitlich bearbeitet, indem er die Erläuterungen von Appelius einer Kürzung, jene von Kleinfeller einer Neubearbeitung, und die neu hinzugekommenen Nebengesetze der ersten Bearbeitung unterzog. Der Stoff ist wesentlich vermehrt; es sind derzeit 85 Nebengesetze aufgenommen und erläutert, während die erste Auflage 77 umfaßte. Neu aufgenommen sind das Gesetz vom 3. Juli 1893 gegen den Verrath militärischer Geheimnisse, das Gesetz vom 12. Mai 1894 zum Schutze der Waarenbezeichnungen, das Gesetz vom 28. Mai 1894 betr. Unterdrückung des Branntweinhandels unter den Nordseefischern auf hoher See, das Gesetz vom 16. Mai 1894 betr. die Abzahlungsgeschäfte, die Gesetze vom 15. Juni 1895 über die privatrechtlichen Verhältnisse der Flößerei und Binnenschifffahrt, das Gesetz vom 24. April 1894 über die Reichsstempelabgaben und das Gesetz vom 28. Juli 1895 betr. die Bestrafung des Sclavenraubs und Sclavenhandels. Diese Vermehrung des Stoffes hat indessen nicht verhindert, den Umfang des Werkes einzuschränken, ohne daß die Gründlichkeit des Kommentars und die Vollständigkeit gelitten hätte. Inhaltlich haben die einzelnen Materien eine Ergänzung durch die Verwerthung der neueren Litteratur und Rechtsprechung gefunden. Als eine wesentliche Verbesserung ist die neue Vertheilung bezw. Gruppirung des Stoffes und die Herstellung eines einheitlichen Sachregisters an Stelle der früheren 11 Register zu begrüßen. — So wird das vorzügliche Werk zweifellos neue Freunde und weitere Verbreitung gewinnen.

E. Ullmann.

3. Groschuff, A., Eichhorn, G. und Delius, H. Die Preußischen Strafgesetze. Berlin, Otto Liebmann, 1894. XII u. 638 S.

Der von Stenglein mit so viel Erfolg verwirklichte Gedanke, der Praxis und Theorie eine compendiöse Ausgabe und Erläuterung der strafrechtlichen Nebengesetze zu bieten, wurde von den oben bezeichneten Verfassern auch für die preußischen Straf-

Digitized by Google

gesetze verwerthet. Obiger Kommentar kommt dem Bedürfnisse nach einer übersichtlichen Zusammenstellung der vielfach nicht in die Gesetzsammlung aufgenommenen strafrechtlichen Vorschriften älterer und neuerer Zeit und einer wissenschaftlichen Erläuterung dieses für die Praxis so wichtigen Gesetzesmaterials entgegen. Insbesondere bietet das Werk eine vollständige Sammlung der Steuergesetze.

Der Stoff ist in fünf Abtheilungen zerlegt und durch einen Nachtrag ergänzt. Die Eintheilung des Stoffes hat wohl mehr die Bedeutung einer Gruppirung der Gesetze, nicht die einer allen Anforderungen entsprechenden Systematik.

Die Erläuterungen sind sehr sorgfältig und beruhen vornehmlich auf der Rechtsprechung; außerdem ist die Litteratur gewissenhaft angeführt und verwerthet.

Der praktischen Brauchbarkeit des Werkes dienen ein chronologisches Verzeichniß der abgedruckten Gesetze und ein sehr genaues Sachregister.

E. Ullmann.

4. Makarewicz, Juliusz. Das Wesen des Verbrechens. Eine criminal-sociologische Abhandlung auf vergleichender und rechtsgeschichtlicher Grundlage. Wien, Manz, 1896. XII u. 288 S.

Makarewicz sucht in diesem auf breiter ethnologischer und rechtsvergleichender Grundlage ruhenden Buch, welches auf jeder Seite von großer Gelehrtheit Zeugniß ablegt, das Wesen des Verbrechens von der Seite der Criminal-Sociologie aus zu ergründen. Er beginnt mit einer Einleitung (S. 3—48), worin er darlegt: den Begriff und den Zweck jeder Association (Gesellschaft); den Unterschied der Association von der Gemeinschaft; die Beschränkung der einer Gesellschaft angehörenden Individuen im Kampf um's Dasein einerseits durch Normen, andererseits durch die diese Normen zur Anwendung bringenden Leiter der Gesellschaft; den social-utilitaristischen Charakter dieser Normen und des Sittlichen überhaupt; den Kampf unter den Normen verschiedener Associationen

Digitized by Google

innerhalb deſſelben ſocialen Verbandes, woraus dann die Ethik dieſes Verbandes hervorgeht; die mißbilligende Reaction jeder Geſellſchaft gegen unſittliche d. h. geſellſchaftlich-ſchädliche Thaten, welche entweder bloß ſittliche Mißbilligung — bei weniger ſchädlichen Thaten — oder ſtrafende Mißbilligung — bei ſocial ſchwer ſchädlichen Handlungen d. h. Verbrechen — iſt; den Charakter dieſer ſtrafenden Mißbilligung als einer öffentlichen, äußerlichen, gemeinſchaftlichen (d. h. von der Geſellſchaft ausgehenden) Reaction in Geſtalt eines Uebels.

Auf die Einleitung folgt als zweiter Theil des Buches ein Theſe betitelter Abſchnitt (S. 51—64), worin M. das Weſen des Verbrechens definirt. Das Verbrechen iſt — nach M. — die vom Mitglied einer gegebenen Aſſociation begangene Handlung, welche von den übrigen Mitgliedern derſelben als für dieſelbe ſo ſchädlich betrachtet wird, daß ſie gegen den Thäter öffentlich, äußerlich und gemeinſchaftlich reagiren, indem ſie eines ſeiner Güter zu verkürzen ſuchen. Darin liegt, daß das Verbrechen keine ſtaatliche, ſondern eine geſellſchaftliche Erſcheinung iſt und mit der Geſetzgebung nichts zu thun hat. Demgemäß finden ſich Verbrechen auch bei Thier-Geſellſchaften, wie denn jede Aſſociation nothwendig ihre Verbrechen und die Reaction dagegen beſitzt. Allerdings kommt es in einem mehrere kleinere Aſſociationen umfaſſenden ſocialen Gebilde zum Kampf zwiſchen dem Ganzen und den einzelnen Theilen, inſofern das Ganze das Strafrecht der einzelnen Theile an ſich zu ziehen beſtrebt iſt. Demgemäß beſteht die Tendenz des Staates, die ganze Strafgerichtsbarkeit an ſich zu ziehen und zu monopoliſiren. Aber dieſe Tendenz läßt ſich nur bis zu einer beſtimmten Grenze verwirklichen, ſodaß neben der ſonſt einheitlichen Staats-Strafjuſtiz die unzähligen Aſſociationen des täglichen Lebens ſich ihre eigenartigen Verbrechen und Strafen erhalten. Haben doch ſelbſt die ſtaatlich verbotenen Geſellſchaften innerhalb des Kreiſes ihrer Angehörigen ihre Ver-

Digitized by Google

brechen und Strafen. Andererseits haben auch die Associationen, welche die Staaten mit einander schließen, ihre Verbrechen und Strafen, zu welch letzteren hauptsächlich der Krieg zu rechnen ist.

Der dritte Theil des Buches (S. 67—242) ist „Ausführungen" betitelt. M. zeigt hier zuerst, wie im Laufe der geschichtlichen Entwickelung der Kreis des Verbrechens sich ausdehnt, insofern als ursprünglich als Verbrechen nur solche gesellschaftlich-schädliche Handlungen angesehen werden, welche von einem Mitglied der Gesellschaft innerhalb derselben begangen werden, später aber auch solche schädliche Handlungen, welche von Nichtmitgliedern innerhalb und außerhalb der Gesellschaft und von Mitgliedern außerhalb der Gesellschaft begangen werden. M. geht dann über zur Schilderung der materiellen Entwickelung des Verbrechens, welche Hand in Hand geht mit der Entwickelung des socialen Utilitarismus. Er unterscheidet hier drei Entwickelungs-Phasen: Das Verbrechen gegen die Stärkeren, das Verbrechen gegen die Gottheit, das Verbrechen gegen die Gesellschaft. M. schließt die „Ausführungen" mit einer Schilderung der gesellschaftlichen Reaction gegen das Verbrechen. Er unterscheidet drei Formen dieser gesellschaftlichen Reaction: Gesellschaftliche Rache, patriarchalische Strafen, sacrale Strafen.

Der vierte Theil des Buches ist ein Anhang (S. 245—272), worin M. drei Excurse gibt: 1. wichtigere Definitionen des Verbrechens; 2. die Methode der thierischen Criminologie; 3. das natürliche Verbrechen. Ich referire nur über den ersten Excurs, weil M. hier schon im zweiten Theil des Buches seine Lehre vom Verbrechen wesentlich ergänzt. M. verweist die bisherigen Definitionen des Verbrechens in 4 Gruppen, je nachdem sie das Verbrechen als das Schlechte, Böse, als Sünde ansehen oder als Verstoß wider die Norm oder als gesellschaftlich-schädliche Handlung oder endlich als die vom Staat unter Strafe gestellte Handlung. Alle diese Definitionen sind nicht ausreichend, und M. setzt ihnen *seine* Begriffsbildung gegenüber, welche besonders nach drei

Digitized by Google

Seiten hin sich von der hergebrachten Auffassung des Verbrechens unterscheidet. Verbindet erstlich die communis opinio das Verbrechen ausschließlich mit dem Staat, so sieht M. darin eine sociale Erscheinung, welche jeder Gruppe eigenthümlich ist, die eine Gesellschaft genannt werden kann. Verlangt zweitens die communis opinio, daß eine That nur Verbrechen sein soll, wenn sie vor ihrer Begehung rechtlich verboten war, so verlangt M. nur, daß die That nach ihrer Begehung sich als antisocial darstelle. Will drittens die communis opinio nur in einer objectiven That das Verbrechen sehen, so sieht M. das Verbrechen in der antisocialen Gesinnung eines Menschen, welche sich allerdings objectiv durch eine Handlung kundgeben muß; an die Handlung anknüpfend, ist doch die Strafe nicht gegen diese, sondern gegen jene Gesinnung gerichtet.

Ich habe angestrebt, vorstehend ein objectives Referat über den Gang der Untersuchungen des Verfassers und seine Resultate zu geben. Es kann mir nicht beikommen, mich hier mit den Grundanschauungen des Verfassers auseinanderzusetzen. Seine Identification von Sittlichkeit, Recht und socialem Utilitarismus sind für mich unannehmbar. Aber er schließt sich damit ja nur einer weitverbreiteten und gerade zur Zeit sehr einflußreichen Schule an, und es liegt mir vollkommen fern, ihm daraus einen Vorwurf zu machen. Nur darauf kommt es an, den Werth seiner Resultate zu prüfen. Ich habe es also nur mit der Frage zu thun, ob der Verfasser uns einen tieferen Einblick in das Wesen des Verbrechens verschafft hat, als wir bisher besaßen? Diese Frage muß ich entschieden verneinen, ja ich muß hinzufügen, daß des Verfassers Resultate weit hinter dem zurückbleiben, was die moderne Wissenschaft über das Wesen des Verbrechens lehrt. Dieser Mißerfolg erklärt sich vielleicht aus der Methode des Verfassers. Er will das Wesen des Verbrechens schlechtweg ergründen und vergißt dabei, zu bedenken, wie Vielerlei unter „Verbrechen" verstanden wird. In der Sprache des Lebens ist dieser

Digitized by Google

Begriff ein sehr vager. Dort heißt „Verbrechen" eine Handlung, welche bewußt oder fahrlässiger Weise einen so schweren — materiellen oder ideellen — Schaden anstiftet, daß das moralische Bewußtsein eine schwere Strafe für den Thäter verlangt. Die Sprache des Lebens unterscheidet sehr wohl zwischen solchen „Verbrechen" und leichteren Handlungen, „Vergehen", für welche ebenfalls Strafe verlangt wird, ferner zwischen „Verbrechen" und bloßen Unsittlichkeiten, welche nicht gestraft werden sollen. Auch verbindet die Sprache des Lebens den Begriff des Verbrechens keineswegs mit dem Staat. Des Verfassers Verbrechensdefinition als einer von einem Mitglied einer Gesellschaft so sehr schädigenden Handlung, daß letztere dagegen mit einer öffentlichen, äußerlichen und gemeinschaftlichen Strafe reagirt, ist bei näherem Zusehen nicht einmal als eine Definition dessen anzusehen, was die Sprache des Lebens „Verbrechen" nennt. Die Vagheit dieses Begriffes ist damit nicht beseitigt und die Frage nach dem „Wesen" des Verbrechens ist damit nicht beantwortet. Ja diese Frage kann überhaupt nicht beantwortet werden, wenn man auf dem Boden der Sprache des Lebens bleibt; dort ist und bleibt eben jener Begriff ein vager. Ganz anders können wir aber vorgehen, wenn wir die Frage nach dem Wesen des Verbrechens nicht ganz allgemein stellen, sondern der stattgehabten nothwendigen Entwickelung, welche dem Staat im Wesentlichen die Strafgewalt übertragen hat, folgend fragen, was das Wesen des Verbrechens von diesem Standpunkt aus ausmacht. Formell beantworten wir diese Frage ganz präcis so, daß wir sagen, Verbrechen ist die schuldhafte rechtswidrige Handlung, welche vom Staat mit Strafe bedroht ist. Dabei machen wir allerdings keinerlei Unterschied zwischen den unter sich der Schwere nach so verschiedenen strafbaren Handlungen. Materiell sehen wir das Wesen des Verbrechens in einem Angriff auf ein oder mehrere Schutzobjecte. Gewisse Zustände, Rechte, Pflichten und Gefühle nämlich sind für die Rechtsordnung von solchem Werth, daß sie dieselben durch Strafvor-

Digitized by Google

schriften vor Verletzung und Gefährdung bewahren will, ihnen also eben dadurch einen großen Schutz gewährt. Diese Schutzobjecte haben für den Staat jenen hohen Werth, weil ihre Erhaltung für das friedliche Zusammenleben der Menschen im Staat nothwendig ist und demgemäß ihre Verletzung ein brennendes Genugthuungsbedürfniß bei den Rechtsgenossen erzeugt, sodaß das allgemeine moralische Bewußtein eine strafende Reaction des Staates gegen den Urheber einer solchen Verletzung verlangt. Diese materielle Bestimmung des Wesens des Verbrechens enthält allerdings einige Unbestimmtheit insofern, als es der Natur der Sache nach unmöglich ist, eine Regel ein für alle Mal dafür aufzustellen, welche einzelnen Handlungen unter Strafe stehen und somit Verbrechen sein sollten. Die Culturstufe, auf der sich ein Staat und die einzelnen Elemente seiner Bevölkerung befinden, ferner die besondere Art der Wirthschaft, welche die vorherrschende ist, weiter die Form der Verfassung und viele andere Momente mehr bedingen gewisse Verschiedenheiten, sodaß hier eine Handlung als Verbrechen angesehen wird und dort nicht. Die fortschreitende Entwickelung übt unzweifelhaft eine ausgleichende Tendenz aus, sodaß in den heutigen Culturstaaten die große Masse der Verbrechen überall die Gleiche ist. Aber Unterschiede im Einzelnen sind und bleiben doch vorhanden. Man kann sagen, daß es immer Gründe ethischer Natur verbunden mit solchen der Zweckmäßigkeit sind, welche einen Staat veranlassen, Handlungen mit Strafe zu bedrohen und damit als Verbrechen im Sinn des Rechts anzuerkennen. Dabei müssen aber die Verbrechen gegen den Staat einerseits und die, welche den Handel und Wandel betreffen, andererseits unterschieden werden.

In Bezug auf den Handel und Wandel erkennt der Staat solche Handlungen als Verbrechen an, deren Begehung deswegen ein brennendes und, wenn unbefriedigt bleibend, den öffentlichen Frieden bedrohendes Genugthuungsbedürfniß der Rechtsgenossen erregt, weil sie materiell oder ideell als schädlich empfunden und

Digitized by Google

demgemäß auch von der Moral als verwerflich angesehen werden. So erklärt sich z. B. die größere oder geringere Ausdehnung des Kreises der sog. Religionsverbrechen, welche abhängig ist von den religiösen Ideen in den Köpfen der Menschen. Solange man glaubte, daß Ketzerei die göttliche Rache über die Gesellschaft heraufbeschwöre, daß Zauberei möglich und eine die Gottheit verletzende Verbindung mit dem Teufel darstelle, mußte der Staat diese Handlungen als schwere Verbrechen anerkennen und seine strafende Thätigkeit erschien hier als im Namen Gottes ergehend. Sobald geläuterte Anschauungen über das Wesen der Religion Platz griffen, mußten diese Verbrechen aus dem Katalog der Strafgesetzbücher verschwinden, und wenn heute Religionsverbrechen gestraft werden, so geschieht dies nur im Interesse des ethisch werthvollen religiösen Gefühls, für dessen schwere Verletzung ein brennendes Genugthuungsbedürfniß bei den Rechtsgenossen vorhanden ist, weil die Moral der Gläubigen und der verständigen Ungläubigen diese Verletzung als verwerflich ansieht. So erklärt sich ferner z. B. einerseits die heutzutage dem Thierschutz gewidmete und andererseits die gegen den sog. unlauteren Wettbewerb angestrebte staatliche Strafthätigkeit. Dort kommt das dem Thier gegenüber neuerdings schärfer hervorgetretene Mitleidsgefühl in Betracht, hier sind es zur Zeit in immer steigender Anzahl hervortretende, durch den geschärften Konkurrenzkampf erzeugte Handlungsgruppen gegen das schon längst als Schutzobject anerkannte Vermögen, welche das strafende Eingreifen des Staates hervorrufen. Hatte die Moral solche Handlungen schon längst verworfen, so trat das nach Strafe rufende allgemeine Genugthuungsbedürfniß doch erst neuerdings hervor, als mit der steigenden Zahl ihres Vorkommens die damit verbundene Gefahr für das geschäftliche Leben Jedermann lebendig vor die Augen trat.

Was die Verbrechen gegen den Staat angeht, so verbietet und bestraft der Staat solche Handlungen, welche, weil sie gegen seine Existenz überhaupt oder gegen den rechtgemäßen Bestand

Digitized by Google

seiner Verfassung u. s. w. gerichtet sind, das geordnete friedliche Zusammenleben stören. Die Ausdehnung des Kreises dieser Verbrechen ist abhängig von der Festigkeit, mit welcher der Staat selbst, seine Verfassung, seine Beamtungen u. s. w. mit den einzelnen Unterthanen verwachsen sind, und von dem Maaß der Betheiligung an seiner Herrschaft und seiner Regierung, welche den Unterthanen vergönnt ist. Der Kreis ist also am weitesten in der absoluten Monarchie, enger in der constitutionellen Monarchie, noch enger in der Demokratie. Man vergleiche z. B. den Katalog der hierher gehörigen Verbrechen in den schweizer Strafgesetzbüchern einerseits und im deutschen Strafgesetzbuch andererseits.

Wollen wir das Verbrechen *materiell* definiren, so müssen wir gemäß den gegebenen Ausführungen sagen: *Verbrechen ist die schuldhafte rechtswidrige Handlung, welche, weil sie ein Schutzobject angreift und dadurch das friedliche Zusammenleben der Menschen gefährdet, vom Staat mit Strafe bedroht ist.*

Das ist die Definition des Verbrechens im heutigen Rechtssinn des Wortes. In ihr kommen zugleich die fünf Forderungen zum Ausdruck, welche auf Grund der vieltausendjährigen Entwickelung des Strafrechts einerseits und der moralischen Anschauungen andererseits heute allgemein rücksichtlich dessen, was der Staat als Verbrechen strafen soll und darf, aufgestellt werden.

Die *erste* Forderung ist, daß nur eine *Handlung* im weitesten Sinn des Wortes, wo es auch die Unterlassung umfaßt, Verbrechen sein soll, im Gegensatz zur bloßen Gesinnung. „Cogitationis poenam nemo patitur“ (l. 18 D. 49, 9). „Um's Denken thut man Keinen henken.“ Wir verlangen eine objective That, eine Uebersetzung der verbrecherischen Gesinnung in der Seele in einen Eingriff in die Außenwelt. Nichtsdestoweniger ist der heute so beliebte Vorwurf, das geltende Strafrecht bestrafe nicht den Verbrecher, sondern das Verbrechen, eine hohle Phrase. Handlung ist Willensverwirklichung durch Muskelbewegung. Die Handlung

Digitized by Google

hat also einen objectiven und einen subjectiven Thatbestand, welche untrennbar von einander sind. Darum hat schon seit langer Zeit das Strafrecht ebensosehr auf die Gesinnung des Verbrechers gesehen wie auf das Aeußerliche seiner Handlung. Fanden wir doch stets eine Vertiefung der Auffassung und einen Fortschritt darin, daß, während ursprünglich vielfach auch die casuelle That als Verbrechen galt, im Laufe der Entwickelung das casuelle Thun den verbrecherischen Charakter verloren hat. Aber allerdings sehen wir nur in der den rechtswidrigen Willen verwirklichenden Handlung das Verbrechen, und es ist die Handlung, welche bei Beurtheilung der Schwere eines Verbrechens den Ausschlag giebt. Der von einem sonst ganz ungefährlichen und guten Menschen aus sog. guten Motiven begangene Mord ist und bleibt ein schwereres Verbrechen, als der von einem gefährlichen Gewohnheitsverbrecher begangene unbedeutende Diebstahl. Insofern ist es allerdings wahr, daß wir das Verbrechen und nicht den Verbrecher strafen, und ich denke, es wird dabei bleiben. M. sieht allerdings einen Vorzug seiner Verbrechensauffassung darin, daß nach ihr nicht die Handlung, sondern die Gesinnung des Thäters das Verbrecherische ist!

Die zweite Forderung ist, daß Verbrechen nur eine rechtswidrige Handlung sein soll, d. h. eine Handlung, welche schon vor ihrer Begehung verboten war. M. sieht freilich auch darin einen Vorzug seiner Verbrechens-Auffassung, daß nach ihr diese Forderung nicht gestellt wird, es demnach vielmehr genügt, wenn die That nach ihrer Begehung als eine „antisociale" sich darstellt. M. zieht damit nur die Consequenz seiner Lehre, daß die Gesinnung das Wesentliche beim Verbrechen ist. Allein ich denke, wir werden diese Forderung nicht fallen lassen. Sie ist das Resultat gesunder Entwickelung, von der der Rechtsstaat niemals absehen kann, weil auch der Uebelthäter nur nach Gesetz und Recht gerichtet werden soll. Gehen wir doch sogar noch weiter als jene Forderung, indem wir den Satz „nulla poena sine lege"

Digitized by Google

vertheidigen und verlangen, daß auch die Strafe gesetzlich vor der That bestimmt gewesen sein muß!

Die dritte und vierte Forderung kommt darin zum Ausdruck, daß wir nur eine schuldhafte Handlung als Verbrechen gelten lassen wollen, also eine Handlung, welche von einem zurechnungsfähigen Menschen vorsätzlich bezw. fahrlässig vorgenommen wurde. Daß wir in der „antisocialen" Handlung des Unzurechnungsfähigen und in der casuellen „antisocialen" Handlung des Zurechnungsfähigen kein Verbrechen sehen, ist ein Resultat der Entwickelung gegenüber dem Standpunkte der Vergangenheit, welche diesen Unterschied nicht oder nicht immer machte. In der Verbrechensauffassung, welche M. aufstellt, kommen diese wichtigen Forderungen nicht zum Ausdruck, wie denn auch überhaupt die sog. Criminalsociologie es ausdrücklich ablehnt, in den Handlungen Geisteskranker keine Verbrechen zu sehen.

Die fünfte Forderung endlich ist, daß nur eine Handlung, welche einen Angriff auf ein Schutzobject enthält und demgemäß das friedliche Zusammenleben der Menschen gefährdet, Verbrechen sein soll. Das Motiv für den Staat, strafend gegen einen Menschen vorzugehen, soll darin liegen, daß letzterer mit seiner Handlung Objecte angreift, deren Bestand aus irgend einem Grund für das friedliche Zusammenleben der Menschen erforderlich ist. In seiner formell unbeschränkten Gewalt könnte der Staat auch andere Handlungen verbieten und unter Strafe stellen und damit formell zu Verbrechen erheben. Allein dann würde er sich mit jener Forderung in Widerspruch setzen, und die moralische Ueberzeugung würde sein strafendes Eingreifen verwerfen. Verlangen wir doch sogar für die große Zahl der mit unbedeutenden Strafen bedrohten Polizeiverbrechen, daß sie im Interesse von Schutzobjecten unter Strafe stehen, auch wenn sie nur Verbrechen des sog. reinen Ungehorsams sind, weil sie nur vielfach oder gar nur möglicherweise einen Angriff auf Schutz-

Digitized by Google

objecte enthalten. Indem M. das Verbrechen als „schädliche" Handlung bezeichnet, erkennt er diese Forderung an, obgleich die Thatsache, daß er das Verbrecherische nicht in der That, sondern in der Gesinnung sieht, ihm die Bedeutsamkeit des im Verbrechen liegenden Angriffs auf Schutzobjecte verdunkelt.

M. übersieht bei seiner Untersuchung vollkommen, daß nothwendiger Weise der heutige Verbrechensbegriff, der auf einer vieltausendjährigen Entwickelung der moralischen und rechtlichen Anschauungen ruht, ganz verschieden sein muß von der Verbrechensauffassung früherer Entwickelungsperioden. In diesen mag, wie bei den von M. herangezogenen Thiergesellschaften, Criterium des Verbrechens lediglich das „antisociale" des Verhaltens eines Gesellschaftsmitgliedes sein. Heutzutage aber sehen wir in den griesgrämigen Alten, welche den Jungen das Leben versauern, keine Verbrecher, die getödtet werden müssen; die gemeingefährlichen Geisteskranken versetzen wir in's Irrenhaus und nicht ins Zuchthaus. Die Kinder, welche gemeinschädliche Handlungen begehen, behandeln wir nicht als Verbrecher, sondern wir nehmen sie in Zwangserziehung. Wir schlagen auch nicht einfach los auf die geistesgesunden Erwachsenen, wenn sie sich „antisocial" verhalten, sondern wir überlegen eingehend, welche Handlungen wir als Verbrechen bestrafen wollen, wir specificiren im Gesetz und Recht diese verbrecherischen Handlungen und ihre Strafen. Wer dann solche Handlungen schuldhaft begeht, den nennen wir einen Verbrecher, und dem messen wir seine Strafe zu nach Gesetz und Recht. Daß wir in diesem Vorgehen schon den höchsten Punkt der Entwickelung erreicht hätten, ist damit nicht gesagt. Manche der Handlungen, welche wir noch als Verbrechen bestrafen, werden spätere Geschlechter nicht mehr als Verbrechen ansehen, und manche Handlungen, welche heute noch unbestraft bleiben, werden spätere Geschlechter als Verbrechen unter Strafe stellen. Auch Art und Weise der Strafe können sich ändern. Und wie wir Geisteskranke entmündigen und sie, wenn sie gemeingefährlich sind,

Digitized by Google

im Irrenhaus dauernd festhalten, so können und werden wir sicher einst einerseits unverbesserliche Vagabunden und andererseits sog. Gewohnheitsverbrecher entmündigen und zwangsweise in Anstalten dauernd versorgen, weil sie gemeingefährlich sind und nicht die physische Kraft haben, ein ordentliches und rechtliches Leben zu führen. Aber wenn nicht alle Zeichen trügeu, so werden wir nie dahin gelangen, wohin die sog. Criminal-Sociologie treibt: zum Ueberbordwerfen des Schuldbegriffs, zur Loslösung des Strafrechts vom Boden der Ethik, Identification von Gerechtigkeit und socialer Nützlichkeit.

London, Mai 1896. L. Oppenheim.

Digitized by Google

V.

Staatsrecht.

Oesterreichische Verfassungsgeschichte.

1. A. Luschin von Ebengreuth, Oesterreichische Reichsgeschichte. (Geschichte der Staatsbildung, der Rechtsquellen und des öffentlichen Rechts.) Ein Lehrbuch. 1. Hälfte. Die Zeit vor 1526. Bamberg, C. C. Buchner Verlag, 1895. 160 S.
2. A. Bachmann, Lehrbuch der österreichischen Reichsgeschichte. (Geschichte der Staatsbildung und des öffentlichen Rechts). Ein Lehrbuch. I. Hälfte. Prag, Verlag von Rohlicek und Sievers, 1896. IV u. 470 S.
3. E. Werunsky, Oesterreichische Reichs- und Rechtsgeschichte. Ein Lehr- und Handbuch. Erste Lieferung. Wien, Manz, 1894. VII u. 80 S.
4. E. Freih. von Schwind und A. Dopsch, Ausgewählte Urkunden zur Verfassungsgeschichte der deutsch-österreichischen Erblande im Mittelalter. Mit Unterstützung des k. k. Ministeriums für Cultus und Unterricht herausgegeben. Innsbruck, Wagner, 1895. XX u. 475 S.
5. G. Seidler, Studien zur Geschichte und Dogmatik des österreichischen Staatsrechtes. I. Einleitende Uebersicht über die öffentlich-rechtlichen Verhältnisse in Oesterreich unter den Babenbergern (976—1246). II. Das Recht der Thronfolge in geschichtlicher und dogmatischer Darstellung. III. Behördensystemund Staatsbildung. Wien, Hölder, 1894. IV u. 188 S.
6. T. R. von Sartori-Montecroce, Beiträge zur österreichischen Reichs- und Rechtsgeschichte. — Ueber die Reception der fremden Rechte in Tirol und die Tiroler Landes-Ordnungen. Innsbruck, Wagner, 1895. VII u. 191 S.

Die litterarische Bearbeitung der österreichischen Reichsgeschichte hat rasche Fortschritte zu verzeichnen. Freilich überwiegt die lehrbuchmäßige Behandlung des Gesammtstoffes, welche Erscheinung sich durch das von der Studienordnung von 1893 veranlaßte Bedürfniß ausreichend erklärt und rechtfertigt. Den eigenthümlichen

Digitized by Google

Schwierigkeiten, welche sich der Abfassung eines allen Ansprüchen genügenden Lehrbuches vorläufig entgegen stellen, hat in auffälliger Weise Bachmann Ausdruck gegeben, indem er im Vorworte seiner Arbeit erklärt, daß eine österreichische Reichs- und Rechtsgeschichte, welche geeignet wäre, die Ansprüche der Gelehrtenwelt zu befriedigen, nach dem heutigen Stande der Vorarbeiten noch gar nicht geschrieben werden könne. Der Aufgabe eines Lehrbuches kann aber neben dem pädagogischen Zweck noch ein anderes Ziel gesetzt werden. Zutreffend hebt Werunsky den Einfluß hervor, welchen eine kritische und geordnete Gesammtdarstellung dadurch auf die Einzelforschung zu üben vermag, daß sie die Probleme erkennen läßt, welche monographischer Behandlung bedürfen. Daß die Aeußerung Bachmann's, deren richtiger Kern indessen nicht verkannt werden soll, sondern wohl beherzigt zu werden verdient, zu weit gefaßt ist, beweist ein Blick auf die Arbeit von v. Luschin, die wohl auch den gelehrten Kreisen reiche Förderung und Anregung zu bieten vermag. Im Uebrigen trifft es ja zu, daß, nachdem seither durch Huber's Reichsgeschichte eine brauchbare Grundlage für den Unterricht geschaffen worden ist und durch das im raschen Fortschreiten begriffene Werk Luschin's auch weiter reichenden Ansprüchen Genüge geleistet wird, der Erforschung des Quellenmateriales sowie der monographischen Behandlung bestimmter Rechtsinstitute der Vorrang gebührt. Auf diese Weise werden sich Ergebnisse erzielen lassen, welche es ermöglichen, die Darstellung des gesammten Stoffes Ergänzungen und Berichtigungen zu unterziehen.

v. Luschin's Reichsgeschichte, welche in den beiden gegenwärtig vorliegenden Heften die Zeit vor 1526 behandelt, muß als besonders werthvolle Gabe namentlich deshalb begrüßt werden, weil sie mit der Beherrschung des Stoffes den Vorzug einer juristischen Behandlung desselben verbindet. v. Luschin unterscheidet zwischen einer Vorgeschichte (bis 976), der Zeit des Mittelalters und der österreichischen Reichsgeschichte seit der neuen Zeit.

Digitized by Google

Die Verfassungsgeschichte des Mittelalters wird wieder in zwei Perioden zerlegt, von welchen die eine die Zeit vom Regierungsantritte der Babenberger bis zum Tode Kaiser Friedrich III. (976—1493) umfaßt, die andere den Uebergang vom Mittelalter zur Neuzeit behandelt. Anhangsweise wird dann eine Uebersicht der geschichtlichen Entwicklung in Böhmen, Mähren und Schlesien, sowie eine Geschichte des ungarischen Reichs und seiner Staatsverfassung bis zum Jahre 1526 geboten. Für die Geschichte der neuen Zeit nimmt v. Luschin gleichfalls zwei Perioden in Aussicht, von welchen sich die erste bis zum Aussterben des Habsburgischen Mannesstammes (1740) erstrecken wird, während die zweite dem Zeitraume vom Regierungsantritte der Kaiserin Maria Theresia bis zur Gegenwart (1848; 1867?) gewidmet sein soll. Des Zusammenhanges halber mag es gestattet sein, gleich hier auf die Periodentheilung Rücksicht zu nehmen, welche in den Lehrbüchern von Werunsky und Bachmann vorgesehen wird. Werunsky nimmt eine Theilung in der Weise vor, daß er den Zeitraum bis 1526 als die erste, den Zeitraum 1526—1740 als die zweite, den Zeitraum 1740—1867 als dritte Periode zusammenfaßt. In eigenartiger Weise verfährt Bachmann, welcher die Vorgeschichte einleitungsweise behandelt und dann zwei Perioden aufstellt, von welchen die erste Oesterreichs territoriale Zeit (970—1500) behandelt, während die zweite die Stellung Oesterreichs als Großmacht zum Vorwurf hat und in Unterabtheilungen gegliedert ist, welche durch die Bezeichnungen Oesterreich als Ständestaat, Aufbau des modernen Staates Oesterreich, die Zeiten des Absolutismus, Oesterreich als constitutioneller Staat gekennzeichnet sind. Ich habe schon gelegentlich einer Anzeige von Huber's Reichsgeschichte in dieser Zeitschrift (Dritte Folge, 1. Band S. 434) meine Ansicht über das Prinzip zum Ausdruck gebracht, welches nach meinem Dafürhalten der Wahl von Zeitabschnitten für die österreichische Verfassungsgeschichte zu Grunde zu legen ist. Ich halte daran fest, daß sich die Motive der Eintheilung verschieden gestalten, je

Digitized by Google

nachdem die Aufgaben der allgemeinen (politischen-, Staaten-) Geschichte oder jene der Rechtsgeschichte (Verfassungsgeschichte) in Betracht kommen. Nach diesem Gesichtspunkte erweist sich die Bedeutung Oesterreichs als Großmacht als ein Moment der politischen Geschichte, welches der Eignung ermangelt, als verfassungsgeschichtlicher Begriff Verwendung zu finden.

Kehren wir nach diesen Bemerkungen zur Arbeit v. Luschin's zurück, so mag vor Allem der vortrefflichen Darstellung gedacht werden, welche die Grundlagen der territorialen Entwicklung zum Gegenstande hat. Durchaus zu billigen ist es, daß v. Luschin auf die wesentlichsten Momente der Wirthschaftsgeschichte Rücksicht nimmt, um auf diese Weise das Verständniß der rechtlichen Einrichtungen zu ermöglichen. Ebenso sorgfältig als übersichtlich wird der Stand der Rechtsquellen behandelt. Wer auch nur annähernd die Schwierigkeiten kennt, welche sich schon der bloßen Sammlung dieses zerstreuten Materials entgegenstellen, wird ganz und voll das Verdienst ermessen, welches sich der Verfasser erworben hat. Bemerkt mag werden, daß v. Luschin die jüngst von A. Dopsch vertretene Annahme, nach welcher die eine Form des österreichischen Landesrechtes eine von König Ottokar 1266 erlassene Landesordnung sein soll, ablehnt, und (unter Zustimmung von Bachmann Reichsgeschichte S. 86) an seiner in der Abhandlung: Die Entstehungszeit des österreichischen Landesrechtes (1872) niedergelegten Auffassung festhält, welche in diesem Rechtsdenkmale einen etwa 1298 von den Landherren ausgearbeiteten, aber von König Albrecht abgelehnten Entwurf erblickt.

So werthvoll sich diese Ausführungen des Verfassers über die Territorialbildung und die Rechtsquellen erweisen, so concentrirt sich doch das Hauptinteresse, welches das Werk in so hohem Grade beanspruchen darf, auf die Geschichte des öffentlichen Rechts. Landesherrlichkeit und Landstände, Stellung des Staates zur Kirche, Grundauffassung und Richtungen der landesfürstlichen Verwaltung im Mittelalter, Gestaltung und Stellung der weltlichen Stände

Digitized by Google

sind die Probleme, welche sorgfältiger Erörterung unterzogen werden. Vollkommen zutreffend fügt v. Luschin die Rechtspflege dem Abschnitte über die landesfürstliche Verwaltung ein, da in der That der uns heute geläufige Gegensatz zwischen Gericht und Verwaltung der Auffassung des Mittelalters vollkommen fern liegt. Von ganz besonderer Bedeutung sind die Ausführungen des Verfassers über die Anfänge der Landstände und die Entwicklung derselben im 14. und 15. Jahrhundert. In streng methodischer Weise stellt v. Luschin die Ursachen fest, welche die Macht der Stände gehoben haben, er erforscht die Formen, in welchen sich ihr Einfluß bethätigt, und bestimmt sodann den Inhalt ihres Wirkungskreises. Manche bisherige Auffassung muß einer kritischen Prüfung weichen. Die wesentliche Verschiedenheit, welche zwischen den Hof- und Gerichtstagen oder etwa den Einungen politischer Stände und den Landtagen und Landständen obwaltet, wird mit Nachdruck hervorgehoben. In der That beruht die Theilnahme bestimmter Elemente an der Rechtsbildung und Verwaltung, wie wir einer solchen in älterer Zeit begegnen, auf gänzlich anders gearteter staatsrechtlicher Grundlage als die Rechtsstellung der späteren Landstände. Tritt uns in der Gestaltung des älteren Rechts ein Bestandtheil der Verfassung des deutschen Reiches entgegen, so bringen völlig unabhängig von dieser die späteren Stände Eigenrechte zur Geltung. Damit steht keineswegs in Widerspruch, wenn sich, wie v. Luschin S. 182 hervorhebt, die Stände allmählich als Vertreter des ganzen Landes, als „Landschaft" betrachteten, da ja die politische Bedeutung des Landes mit der in Uebereinstimmung gebrachten Interessensphäre der herrschenden Gesellschaftsschichten zusammenfallen mußte. Mit feiner Beobachtungsgabe verweist v. Luschin darauf, wie Landtage und Landstände in ihrer geschichtlichen Entwicklung keineswegs untrennbar verbunden sind, wie die Landtage in der That nur eine einzelne (wenn auch besonders wichtige) Form darstellen, in welcher sich der Einfluß der Landstände zur Geltung

Digitized by Google

bringt. Wie sich aus dem Hinweise auf S. 175 ergiebt, anerkennt der Verfasser, daß die Bedeutung der Stände als Corporationen im juristischen Sinne in dem Augenblicke in Geltung tritt, in welchem dem Mehrheitsbeschlusse die Kraft beigelegt wird, die Gesammtheit zu binden. In Betreff der Theilnahme der Stände an der Gesetzgebung wäre m. E. daran zu erinnern, daß die iura quaesita derselben den eigentlichen Ausgangspunkt der Entwicklung abgeben. Setzt ursprünglich die Mitwirkung der Stände an der Gesetzgebung einen Eingriff in ihre Rechtssphäre voraus, so werden dann wohl später Polizei-, Gewerbeordnungen u. a. mit landtäglicher Zustimmung zu Stande gebracht. Die landesherrliche Gewalt erwies sich eben nicht immer stark genug, ihre Selbständigkeit zu wahren. Durch solche Präcedenzfälle wurde ein Landesherkommen geschaffen, welches gerade für die damalige Zeit ausschlaggebende Bedeutung beansprucht. Mit Recht hebt Luschin (S. 182, S. 183) in Betreff des rechtlichen Einflusses der Stände hervor, „daß vor allem der dehnbare Begriff des Herkommens entschied, so daß zwischen dem unbestrittenen Recht des Fürsten und dem der Stände ein weites Gebiet lag, das je nach dem Stande der Dinge verschieden abgegrenzt sein konnte." Immerhin pflegt aber, wie ergänzend bemerkt werden soll, im Eingange solcher mit landtäglicher Zustimmung zu Stande gebrachter Ordnungen hervorgehoben zu werden, es habe sich der Landesherr zur Einholung dieses Consenses entschlossen, durch welche Formel angedeutet werden sollte, daß die ständische Mitwirkung nur ad hoc, unbeschadet des landesherrlichen Competenzrechtes erfolgt sei. Die Ausführungen über Landesconvente und General- (Ausschuß-) Landtage zeigen, daß wir es mit einer Erscheinung zu thun haben, welche dem Typus des Staatenbundes entspricht[1]). In Betreff der Umgestaltung des

[1]) Durch die Herausgabe eines werthvollen Aufsatzes über „Die österreichischen Länderkongresse" aus dem Nachlasse von H. J. Bidermann im XVII. Bande der „Mittheilungen des Instituts für österreichische Geschichtsforschung" hat sich jüngst S. Adler verdient gemacht.

Digitized by Google

Behördenwesens und der Verwaltung durch Maximilian I. betont v. Luschin den persönlichen Antheil dieses Herrschers an dem Reformwerk, und weist die Meinung ab, nach welcher es sich vorwiegend um Einwirkungen der burgundischen Einrichtungen gehandelt hätte. In der That vermag die Verfassung eines mercantilen Landes denn doch wohl nur einen geringen Einfluß auf Länder zu üben, welche sich im Stadium der Naturalwirthschaft befinden. Die Gleichheit von Titulaturen u. dgl. gestattet noch keinen Schluß auf materielle Uebereinstimmung. Erwähnt mag werden, daß Luschin in der Unterstellung der fünf niederösterreichischen Lande unter die Innsbrucker Schatzkammer den ersten Versuch erblickt, die nieder- und oberösterreichische Ländergruppe zu einem Gemeinwesen zu verbinden.

War bei der Bedeutung, welche v. Luschin seit langen Jahren als Forscher für das Gebiet der Rechtsgeschichte der deutsch-österreichischen Länder behauptet, der Erfolg seines Unternehmens im Vorhinein gesichert, so hat er es auch verstanden der Verfassungsentwicklung in Böhmen sowie der Staats- und Rechtsgeschichte Ungarns gerecht zu werden. In Betreff der letzteren wäre vielleicht eine stärkere Berücksichtigung der werthvollen älteren, reiches historisches Material bietenden Litteratur über das ungarische Staatsrecht angezeigt gewesen. Bei Erörterung der Rechtsquellen für Böhmen, Mähren und Schlesien verweist der Verfasser (in Uebereinstimmung mit Tomaschek, Recht und Verfassung der Markgrafschaft Mähren im XV. Jahrhundert, 1863, S. 1) auf die charakteristische Erscheinung, daß sich das Stadtrecht keineswegs als wirthschaftliche Umbildung des Landrechts darstellt, sondern von Anbeginn in einem unversöhnlichen, weil nationalen Gegensatz zu letzterem steht, weshalb denn auch beide Rechtssysteme für die ganze Zukunft von einander getrennt bleiben mußten.

Bachmann erörtert in der Einleitung zunächst Begriff und Eintheilung der österreichischen Reichsgeschichte, schildert sodann in beachtenswerther Weise die Entwicklung der österreichischen Reichs-

Digitized by Google

geschichtsschreibung, und skizzirt endlich die wesentlichsten Momente der Vorgeschichte. Der weitere Inhalt des vorliegenden Halbbandes umfaßt „Oesterreichs territoriale Zeit" (970—1500). Sowohl für die Gruppe der deutsch-österreichischen Länder als auch für die Ländergruppe Böhmen-Mähren-Schlesien wird zunächst die Geschichte der Territorialbildung und sodann die Geschichte des öffentlichen Rechts in gesonderten Abschnitten zur Darstellung gebracht. Für die Behandlung der Geschichte der Territorialbildung wäre übrigens gegenüber den bisher vorliegenden Lehr- und Handbüchern die Frage in Erwägung zu ziehen, ob es sich nicht empfehlen würde, eine kurzgefaßte Skizze der wichtigsten Sätze des Lehnrechts voran zu stellen, insoweit solche für das Verständniß der einzelnen Erwerbsactionen von Belang sind. Die Verfassungsgeschichte der Erbländer wird von Bachmann in einer Paragraphenfolge zur Darstellung gebracht, welche das staatsrechtliche Verhältniß zu Deutschland und die fürstliche Erbfolge, die Anfänge und Entwicklung der österreichischen Landstände, die Gliederung der Gesellschaft in Adel, Bürgerthum, Bauernschaft, die Gerichtsverfassung, die Verwaltung und die Behördenorganisation Maximilians zum Vorwurf hat. Im Wesentlichen dieselben Kategorien werden dann für die Behandlung der verfassungsgeschichtlichen Entwicklung Böhmens herangezogen. Der Ausdruck „politische Verwaltung" hätte wohl vermieden werden sollen, da diese keineswegs glückliche Bezeichnungsweise lediglich ein Ergebniß des späteren Kanzleistiles und der neueren Gesetzgebung ist. Auf eine zusammenhängende Behandlung der Lehre von den Rechtsquellen hat Bachmann verzichtet. Erwähnt mag werden, daß Bachmann die Vererblichkeit des Herzogthums Oesterreich nach dem Freiheitsbriefe vom 17. September 1156 auf die nächste Generation beschränkt. Bei Behandlung der ständischen Verfassung legt Bachmann, dessen Darstellung zwar der Sonderung zwischen dem älteren und dem späteren Recht ermangelt, im Uebrigen aber mannigfache Berührungspunkte mit den Ausführungen v. Luschin's aufweist,

Digitized by Google

neben dem corporativen Zuge der Zeit das Hauptgewicht auf das Moment der finanziellen Leistungen, die dazu führen mußten, daß den Ständen nicht bloß die Vertheilung und Erhebung dieser freiwilligen Steuern überlassen blieb, sondern ihnen auch bald über deren Verwendung Rechenschaft gegeben werden mußte. Lehrreich ist der Hinweis, wie durch Aufstellung von ständischen Vertretern, welche die Verwendung der bewilligten Geldmittel für den angegebenen Zweck zu überwachen hatten, der Schaffung der späteren Landesausschüsse vorgebaut worden ist, und wie die von den Ständen bewilligten Leistungen den ersten Anstoß für die Entwicklung eines ständischen Beamtenthums gegeben haben, dem zunächst die Einhebung und Verrechnung des bewilligten Geldes, die Verpflegung und Besoldung der zur Verfügung gestellten Mannschaften oblag. Aus der Böhmen betreffenden Geschichte des öffentlichen Rechts mag insbesondere auf die Erörterungen über die — schon früh durch den Erwerb von Privilegien modificirte — lehenrechtliche Stellung Böhmens im Deutschen Reiche, auf die Entwicklung der Thronfolge, auf die Gestaltung der kirchlichen Verhältnisse verwiesen werden, welche die Eigenart des beschriebenen Verfassungszustandes erkennen lassen.

Der Bruchtheil des Lehrbuches von Werunsky bietet den Beginn einer Rechtsgeschichte der österreichischen Länder bis 1526, wobei zunächst die Verfassungs- und Verwaltungsgeschichte von Oesterreich unter der Enns in Behandlung gezogen wird. In reichem Umfange werden Quellen- und Litteraturangaben geboten und damit der Erfolg erzielt, daß in der folgenden Darstellung von der Verwendung von Noten fast ganz abgesehen werden kann. Freilich muß bei dieser Art von Litteraturangaben auf eine kritische Würdigung des Inhalts völlig verzichtet werden. Der Verfasser erörtert sodann die Entstehung und Besiedelung von Oesterreich unter der Enns, die ständische Gliederung mit Berücksichtigung der wirthschaftlichen Momente, die Entwicklung und den materiellen Gehalt der Landeshoheit, endlich die Gerichts-

Digitized by Google

verfassung, mit deren nicht ganz zu Ende geführter Darstellung das Heft schließt. In die Geschichte der Landeshoheit wird die Erörterung über die Bedeutung der Hausprivilegien eingezogen. In Betreff der Stellung Oesterreichs zum Reiche hätte sich wohl die Bedeutung des Privilegium majus kurz dahin bestimmen lassen, daß der Versuch vorliegt, an Stelle der Unterordnung Oesterreichs unter die Reichsgewalt ein Verhältniß der Gleichberechtigung (eine connexio socialis wie schon Horneck bemerkt hat) zu setzen. Neben dem problematischen Einfluß, welchen das Privilegium majus in dieser Richtung erstrebt, wäre wohl die viel weiter reichende Wirkung dieser Fälschung auf die Consolidirung der landesherrlichen Gewalt gegenüber der inneren Rechtsentwicklung eingehender Darstellung werth. Als Beitrag zur Controverse über die rechtliche Bedeutung des Neuberger Vertrages v. J. 1379 mag hervorgehoben werden, daß Werunsky (S. 50) m. E. zutreffend diesen Theilungsact als Realtheilung charakterisirt. Der Darstellung der Gerichtsverfassung kommt die grundlegende Vorarbeit zu Statten, welche v. Luschin der Geschichte des älteren Gerichtswesens in Oesterreich ob und unter der Enns (1879) gewidmet hat. Rechtlich unzutreffend ist es, wenn Werunsky den persönlichen Gerichtsstand des Herzogs vor dem Könige mit der Unterwerfung der Herzoge unter ständische Schiedssprüche zusammenstellt, da es sich in dem einen Falle um einen gesetzlichen, in dem anderen Falle aber um einen gewillkürten Gerichtsstand handelt. Die Entwicklung der landesherrlichen Gerichtshoheit, die Grundlagen der Gerichtsverfassung, die Fülle der nach Berufsständen gegliederten Gerichtsstände werden vom Verfasser in eingehender Weise behandelt und dabei die einschlägigen historischen Streitfragen in maßvollem Umfange berücksichtigt. Als Eigenthümlichkeit, die sich für die Abfassung eines solchen Lehrbuches besonders empfiehlt, ist die in einzelnen Noten zu Tage tretende Bedachtnahme auf das etymologische Element zu erwähnen.

Ein besonders verdienstliches Werk, welches geeignet ist, dem

Digitized by Google

akademischen Studium der österreichischen Reichsgeschichte quellenmäßige Unterlage zu verleihen, liegt in der von Frh. v. Schwind und Dopsch veranstalteten Sammlung ausgewählter Urkunden zur Verfassungsgeschichte der deutsch-österreichischen Erblande im Mittelalter vor. Die Sammlung ist dazu bestimmt, eine Reihe von für die Rechtsentwicklung typischen Urkunden der Benützung in akademischen Uebungscollegien und Seminarien zugänglich zu machen. Unbeschadet dieses zunächst verfolgten Zweckes beansprucht sie aber deshalb weiter reichende Bedeutung, weil sie eine ansehnliche Zahl bisher noch nicht oder nur in ungenügender Form gedruckter Urkunden zu correctem Abdruck bringt. Die Verfasser haben nämlich das anerkennenswerthe Princip verfolgt, die einzelnen Stücke nicht nach Drucken, sondern nur nach der jeweils besten handschriftlichen Ueberlieferung zu ediren. Neben der gemeinsamen Führung der redactionellen Arbeiten hat Dopsch die Ländergruppe Oesterreich-Steiermark-Görz-Krain-Istrien-Triest, Frh. v. Schwind die Länder Kärnthen, Salzburg, Tirol, Vorarlberg besorgt. Dem Werke ist nicht nur ein chronologisches und ein geographisches Register, sondern auch eine sorgfältig entworfene Realübersicht beigegeben, welche die Grundzüge der Stoffvertheilung erkennen läßt, die von den Verfassern für die geschichtliche Darstellung des öffentlichen Rechts maßgebend erachtet wird. Freilich tritt dabei die durchaus relative Brauchbarkeit unverkennbar zu Tage, welche die als Grundtypen gewählten Begriffe Verfassung und Verwaltung für die Rechtsgeschichte des Mittelalters zu beanspruchen vermögen. So weist z. B. die Specialisirung der „Stadtverfassung" eine Reihe von Momenten auf, welche inhaltlich überwiegend der Verwaltung angehören, während umgekehrt das der Verwaltung zugetheilte „Aemterwesen" auch wieder Angelegenheiten umfaßt, deren specifisch verfassungsrechtliche Bedeutung in die Augen springt. Die Verfasser haben es nicht unterlassen, ihrer Sammlung ein ausgewähltes Litteraturverzeichniß voranzustellen, welches gewiß geeignet ist, bei Benützung des Buches in Seminarien gute Dienste zu thun.

Digitized by Google

Die Studien von Seidler enthalten drei Aufsätze, welche freilich des unmittelbaren Zusammenhanges entbehren. Die erste Abhandlung giebt eine Uebersicht über die öffentlichrechtlichen Verhältnisse unter den Babenbergern und darf als ein im Ganzen zutreffendes Bild des beschriebenen Verfassungszustandes bezeichnet werden. Immerhin wären einzelne Aeußerungen des Verfassers zu beanstanden. So geht es etwa nicht an, die Gliederung der Gesellschaft in Adel, Bürgerthum und Bauernschaft auf den „Stufenbau der Lehenshierarchie" zurückzuführen, die doch wohl nur für die erste der angeführten socialen Gruppen von maßgebender Bedeutung war. Im zweiten Aufsatze wird die geschichtliche Entwicklung des Rechts der Thronfolge unter gebührender Berücksichtigung des älteren böhmischen sowie des ungarischen Verfassungsrechtes behandelt. Der Verfasser erörtert sodann die Entstehungsgeschichte der pragmatischen Sanction und nimmt dabei (S. 51 Note 65) Veranlassung gegen die von Bachmann in der Prager Jurist. Vierteljahrsschr. Bd. 26 S. 1 ff. gegebene Interpretation des pactum mutuae successionis v. J. 1703 ablehnend Stellung zu nehmen. Im Anschlusse an die historischen Erörterungen versucht sodann der Verfasser die rechtliche Natur der Thronfolge, die Thronfolgeordnnng und Thronfolgefähigkeit, die Lehre von dem Anfall und der Erledigung des Thrones, endlich das Institut der Regentschaft in dogmatischer Darstellung zu skizziren. In Betreff der Frage, ob die Angehörigkeit zum römisch-katholischen Glaubensbekenntniß eine Voraussetzung der Successionsfähigkeit bilde, wären einschlägige Bestimmungen des älteren Hausrechtes zu erwähnen gewesen. So ordnet Erzherzog Karl in seinem Testamente (1584) an, daß seine Erben, wenn sie von der römisch-katholischen Kirche abfallen würden, „nit allein von obbemelter successionn gantzlich ausgeschlossen, sondern auch aller annderer unterhaltung und hilf privirt sein sollen." Erwähnt mag werden, daß Seidler eine Verantwortlichkeit des Regenten für Handlungen, die mit der Regierungsaufgabe nicht im Zusammen-

Digitized by Google

hange stehen, principiell nicht ausgeschlossen, wohl aber während der Dauer der Regentschaft thatsächlich undurchführbar erachtet. Für die Berufung zur Regentschaft wäre auf die Hausordnung Ferdinand's I. zu verweisen gewesen, nach welcher „der nächst gesipte Agnat" die Vormundschaft zu führen hat. Den Volljährigkeitstermin des Thronfolgers meint der Verfasser unter Bezugnahme auf die Verfassungsurkunde vom 25. April 1848 auf das 18. Lebensjahr setzen zu sollen. Die dritte, umfangreichste Studie führt die Ueberschrift „Behördensystem und Staatsbildung". Es ist dem Verfasser durchaus zuzustimmen, wenn er zur Erklärung und Rechtfertigung der gewählten Ueberschrift in einer kurzen Vorbemerkung mit Nachdruck auf die Wechselwirkung verweist, welche zwischen der Entwicklung des Behördensystems und der Geschichte der Staatsbildung Schritt für Schritt obwaltet. Der Verfasser giebt eine mit Sachverständniß und reichem Wissen verfaßte Uebersicht, die sich vom Beginne der habsburgischen Herrschaft bis zur Regierung Kaiser Ferdinand's I., also bis an die Schwelle der Gegenwart erstreckt. Freilich hat sich der Verfasser dabei in der Hauptsache auf eine äußere Geschichte der Behördenorganisation beschränkt, dagegen es unterlassen, die functionelle Wechselwirkung der geschaffenen Organe in den Kreis der Erörterung einzubeziehen. Unzweifelhaft müßte eine innere Entwicklungsgeschichte der Behördenorganisation in eingehender Weise auf die Geschichte der Reception der fremden Rechte Bedacht nehmen. Verdienstlich ist der Hinweis auf die Ansätze, welche zur Entwicklung eines ständischen Behördenwesens führen, das als wesentliche Ergänzung für die Zwecke der öffentlichen Verwaltung in Betracht kommt. Vom Standpunkte der rechtshistorischen Forschung ist insbesondere auf den Excurs des Verfassers (S. 118ff.) über die Stellung des Reichshofrathes in der Zeit von 1559—1564 zu verweisen.

v. Sartori-Montecroce geht in seinen Beiträgen von der Erwägung aus, daß eine österreichische Reichs- und Rechts-

Digitized by Google

geschichte nur als eine Rechtsgeschichte jeder einzelnen Ländergruppe denkbar sei. Es muß daher auch die Frage, in welcher Weise die Reception der fremden Rechte in Oesterreich erfolgt sei, für jede Ländergruppe einzeln untersucht und verschieden beantwortet werden. Für Tirol verweist der Verfasser auf die Wechselwirkung, die zwischen der Receptionsgeschichte und der Entstehungsgeschichte der Landesordnungen besteht, weshalb er die Behandlung der letzteren in diesem Zusammenhange für gerechtfertigt erachtet. Freilich bedeutet die Codificationsgeschichte der Landesordnungen, in die sogar Clauseln gegen die subsidiäre Anwendbarkeit des gemeinen Rechtes Aufnahme finden, im Wesentlichen nur den Versuch einer Abwehr der Reception. So belegen die Ausführungen des Verfassers neuerlich die Richtigkeit der der bekannten Rectoratsrede Laband's zu Grunde gelegten Auffassung, daß die Reception des römischen Rechts in der Hauptsache für die landesherrliche Gewalt als Mittel in Betracht kommt, das sich gegen den politischen Einfluß der Stände richtet. In Betreff der Geschichte der Landesordnungen meint der Verfasser mit Recht, daß einzelne ältere Spezialacte denn doch nur in uneigentlichem Sinne als Landesordnungen bezeichnet werden können, und führt daher als die erste Tiroler Landesordnung die 1506 veranstaltete Sammlung an. Sorgfältig wird die Entstehungsgeschichte der Bauernlandesordnung v. J. 1526 behandelt, die unzweifelhaft eine interessante Episode der Verfassungsgeschichte bildet. Sowohl die Landesordnung v. J. 1532 als auch die Neue Reformirte Landesordnung v. J. 1574 halten ungeachtet mancher vom Verfasser des Näheren dargelegten Einwirkung des römisch-kanonischen Rechts an dem nationalen Zuge des Tiroler Landesrechtes fest. So hat denn — wie der Verfasser darthut — das gemeine Recht seinen Einzug in Tirol nicht durch legislative Maßnahmen, sondern überwiegend durch die Thätigkeit der Regierung als Appellationsgericht und des Hofrathes als Revisionsinstanz gehalten. Für die subsidiäre Geltung des gemeinen Prozeßrechts erweist sich die unter Ferdinand II. zu

Digitized by Google

Stande gekommene Gerichtsordnung des Hof- und Kammergerichts für die Ober- und Vorderösterreichischen Lande von Belang. Die Annahme der Subsidiarität des römisch-kanonischen Rechts schlechthin liegt dann zuerst einer landesfürstlichen Resolution v. J. 1619 zu Grunde. Natürlich mußte auch die Gründung der Landesuniversität der Reception zu Statten kommen. Es ist ein Verdienst des Verfassers, die angeführten Etappen der Receptionsgeschichte klar erfaßt und anregend dargestellt zu haben.

Prof. Dr. Franz Hauke.

7. Deutsche Staatsgrundgesetze in diplomatisch genauem Abdrucke. Zu amtlichem und akademischem Gebrauche. Herausgegeben von Dr. Karl Binding, ord. Professor der Rechte zu Leipzig. Heft V. Die Verfassungsurkunde des Königreichs Baiern mit Beilagen und Anhängen. Vom 26. May 1818. Mit den Abänderungen bis zum Gesetz vom 19. Dezember 1895. Leipzig, Engelmann, 1896. 34 und 336 S.

Von den trefflichen Binding'schen Verfassungsausgaben ist die vorliegende die umfangreichste und mühevollste. Sie ist aber auch ganz vorzüglich. Der Herausgeber hat an seine Arbeit eine wahrhaft peinliche Sorgfalt gewendet und dadurch eine Textausgabe von geradezu absoluter Verläßlichkeit geschaffen. Wer den Stoff und seine Schwierigkeit so genau kennt, wie der Verfasser dieser Anzeige, der wird der Geduld, mit welcher Binding in seine Aufgabe sich hineingearbeitet, und der wissenschaftlichen Einsicht, die er dabei bethätigt hat, seine Bewunderung nicht versagen. Sehr verdienstlich ist in den Vorbemerkungen S. 12ff. das Verzeichniß der Gesetze, die sich als Verfassungsänderungen oder -Auslegungen bezeichnen. Es umfaßt 73 Nummern. Die Verfassungsurkunde ist vollständig abgedruckt, die Verfassungsänderungen sind theils eingerückt, theils — nämlich die größeren Gesetze — in den Anlagen selbständig abgedruckt. Anhang I ist überschrieben: „Der König und sein Haus", und giebt das Familienstatut und die Gesetzgebung über die Civilliste; Anhang II „Das Volk" enthält zwei Abtheilungen „Die Entlastung desselben durch die Gesetz-

Digitized by Google

gebung vom 4. Juni 1848" (hier giebt Binding auch das Preßedict und das sog. Grundlagengesetz) und „Das Volk als Landtag". In letzterer Abtheilung finden sich außer den Gesetzen über die Zusammensetzung, den Geschäftsgang und die Rechte der Kammern das Verfassungsverständniß und die Gesetze über Ministerverantwortlichkeit und Staatsgerichtshof. Man wird Binding in Bayern für diese Ausgabe lebhaften Dank wissen. Seydel.

8. Richard Fischer, Das Recht des Deutschen Kaisers. Preisgekrönte Studie zum Deutschen Verfassungsrechte. Berlin, W. Möser, 1895. IV und 195 S.

Die Schrift leidet ganz beträchtlich darunter, daß der Verfasser, der uns auf dem Titelblatte eine Studie zum deutschen Staatsrechte verspricht, in ausgedehntem Maße einem unglückseligen Hange zu geschichtlich-politischen Phrasen nachgeht, worunter dann auch die Schärfe des rechtswissenschaftlichen Denkens leidet. In der Neigung zu unklarem Wortprunke zeigt die Arbeit eine bedenkliche Familienähnlichkeit mit der Schrift Kliemke's über den Bundesrath, die ich im vorigen Jahrgange dieser Zeitschrift (S. 423 ff.) besprochen habe. Immerhin steht Fischer's Schrift in Bezug auf juristischen Gehalt etwas höher.

Wenn ein nüchtern denkender Rathgeber den Verfasser dazu veranlaßt hätte, Einleitung und Schluß der Abhandlung zu streichen, würde er sich wesentlich um ihn verdient gemacht haben. Es wäre auch dann noch genug Phrasenwerk übrig geblieben. Die Einleitung ist überschrieben: Charakter und Tendenz des Deutschen Kaiserthums im Mittelalter. Es sind 18 überflüssige Seiten, aus denen für den Zweck der Schrift kein greifbarer Vortheil erwächst. Die Einleitung hebt mit den Worten an: „Als wir Deutsche im tiefsten Frieden von einem raufluſtigen und friedlosen Nachbar im Juli 1870 plötzlich überfallen wurden, hatte wohl selbst der glühendste Patriot nicht geahnt, welch einen welthistorischen Inhalt dieses Jahr erhalten werde." Das ist

Digitized by Google

ein ganz schöner Anfang für eine Festrede zum 18. Januar; aber wie der Beginn einer staatsrechtlichen Untersuchung klingt das nicht. Noch schlimmer ist es mit dem Schlusse bestellt, der den Titel führt: Das sociale Kaiserthum der Hohenzollern. Der Satz: „Das Kaiserthum der Hohenzollern soll und will ein sociales sein", mag sich in einem Zeitungsartikel vielleicht ganz gut lesen, aber aus einer staatsrechtlichen Darstellung sollte man solche Redensarten der Politiker fern halten.

Das erste Capitel der Schrift untersucht die staatsrechtliche Natur des heutigen deutschen Kaiserthums. Man kann nicht sagen, daß hierdurch die Erkenntniß dieser rechtlichen Natur gefördert worden sei. Der Verfasser schließt mit dem Satze: Die Verfassungsform des Deutschen Reichs ist eine constitutionelle, monarchisch beschränkte Aristokratie. Dieser Satz, in dem sich die Eingangs erwähnte Wahlverwandtschaft sehr deutlich zeigt, soll offenbar geistreich klingen. In der That aber ist er staatsrechtlich — ein milderes Urtheil ist nicht möglich – ohne allen und jeden Sinn.

F. erkennt zwar im Allgemeinen an, daß die Ersetzung der Bezeichnung Bundespräsidium durch den Titel Kaiser in der Reichsverfassung keine sachliche Aenderung bedeute. Aber er widerspricht S. 24 Anm. 1 im Anschlusse an Hänel (Studien zum deutschen Staatsrechte II S. 29 Anm. 1) der Ansicht Laband's (Staatsrecht des Deutschen Reichs 3. Auflage I S. 185, das Citat aus der 2. Auflage bei F. ist falsch), daß die Ausdrücke Präsidium und Kaiser in der Reichsverfassung dasselbe bedeuten. Die Verfassung habe das Wort Präsidium da, wo es Bundespräsidium ist, überall durch Kaiser ersetzt und dasselbe „ganz richtig" nur beibehalten, wo es sich um das Bundesrathspräsidium handle, nämlich in Art. 4 Abs. II, Art. 7 Abs. II, III, Art. 8 Abs. II und in Art. 37. Das ist erstlich nicht richtig; der Ausdruck Präsidium steht auch noch in der Ueberschrift des Abschnitts IV, wo er gewiß nicht lediglich das Bundesraths-

Digitized by Google

präsidium bedeutet, und zweitens ist es ein Streit de lana caprina. Denn darüber ist ja kein Zweifel, daß in den angeführten Artikeln mit Präsidium die Krone Preußen gemeint ist, die so gut wie diese nach Art. 11 Satz 1 da gemeint ist, wo Kaiser steht. Für was also diese Haarspaltereien?

S. 28 Anm. setzt sich F. mit Laband über die Frage auseinander, ob die deutschen Einzelstaaten souverän geblieben sind. F. bejaht dies. Er meint, Laband's gegentheilige Ansicht sei richtig, wenn man unter Souveränetät nur die völlig unabhängige Gewalt verstehe. Allein „unter diesem rein negativen Begriffe der Souveränetät" lasse sich „ein positiver Begriff aufstellen". „Sie erscheint dann als immanente Eigenschaft der einzelnen Staatsgewalt und äußert sich in der Rechtsnatur ihrer Bethätigung. (Was soll das heißen?) Souveränetät ist dann die Gewalt, deren Bethätigung die endgiltige, von keiner Seite rechtlich anfechtbare und aufhaltbare Lösung der concreten Staatsaufgabe bedeutet. Daraus ergiebt sich, daß ein Staat, welcher einem anderen derart unterworfen ist, daß alle seine Staatsacte der Beaufsichtigung des souveränen Staates unterliegen, nicht souverän ist. Wenn sich dagegen die Abhängigkeit eines Staates von einem anderen nicht auf alle Zweige der Staatsgewalt erstreckt, so ist seine Gewalt souverän, soweit sie der anderen nicht untergeordnet ist, demnach eine nur theilweise souveräne Staatsgewalt, eine Begrenzung, reale Theilung der Souveränetät zwischen zwei Staaten sehr wohl denkbar". Ich habe diese Sätze natürlich nicht um ihrer Vorzüglichkeit willen wörtlich angeführt, sondern weil sie die ganze Nebelhaftigkeit der staatsrechtlichen Anschauung des Verfassers zeigen. Da wären wir glücklich wieder bei G. Waitz angelangt, nur mit dem Unterschiede, daß der alte Gedanke in einer schwerer verständlichen Form auftritt.

Das zweite Capitel über das Subject der kaiserlichen Rechte bietet nichts bemerkenswerthes. Im dritten Capitel wird der Inhalt der kaiserlichen Rechte erörtert. Bei der Ausführung über

Digitized by Google

die persönlichen Rechte findet sich S. 53 eine Stelle, die aus Zorn's Reichsstaatsrecht, 2. Aufl. I S. 182 f. nahezu wörtlich abgeschrieben ist, ohne daß dies erkennbar gemacht wäre. Es handelt sich zwar dabei nicht um Aneignung eines fremden staatsrechtlichen Gedankens, sondern nur um eine politische Betrachtung, aber schriftstellerisch erlaubt ist dieses Verfahren deshalb doch nicht. Des Weiteren zeigen sich wieder sehr bedenkliche Abirrungen vom schlichten Wege des Staatsrechtes, so z. B. S. 57 f., wo die pathetische Frage aufgeworfen wird, ob wohl jemals die Kaiserkrone „in Wirklichkeit in Gold mit Edelsteinen erstehen wird?" und dgl., oder S. 61 ff. die stellenweise etwas seichten Betrachtungen über die monarchische Unverantwortlichkeit. Abgesehen von der Frage, ob es sich überhaupt rechtfertigt, die monarchische Unverantwortlichkeit, deren der Kaiser theilhaft ist, weil er der König von Preußen ist, unter dem Gesichtspunkte der kaiserlichen Rechte zu erörtern, ist es jedenfalls ein systematischer Fehler, im Abschnitte von den persönlichen Rechten des Kaisers die Gegenzeichnung des Reichskanzlers zu behandeln. Auch sind die Fragen, die dabei in Betracht kommen, staatsrechtlich zu wichtig, als daß sie sich so nebenbei erledigen ließen. F. bekundet übrigens S. 64 Anm. eine richtige Auffassung, wenn er bemerkt, Gegenzeichnung sei, abgesehen von den Armeebefehlen, nicht erforderlich bei persönlichen Meinungsäußerungen des Kaisers und bei „kaiserlichen Befehlen, welche sich nur als Vorbereitung von Regierungsakten, nicht aber als diese selbst charakterisiren und keine Rechtswirkung nach Außen haben".

Dies ist ganz zutreffend. Dem Minister gegenüber ist die Willensäußerung seines Souveräns schon vorhanden, wenn sie ihm kund gegeben ist. Es erwächst ihm daraus die Pflicht, sofern es sich um den Erlaß einer Regierungsanordnung handelt, sich darüber schlüssig zu machen, ob er seine Mitwirkung dazu leihen könne oder nicht. Ueberdies bedürfen nur solche Erlasse des Monarchen bezw. des Kaisers in Reichsangelegenheiten einer Gegen-

Digitized by Google

zeichnung, die eine Anordnung oder Verfügung enthalten, d. h. auf deren Grund hin unmittelbar gehandelt werden soll. Denn nur für Handlungen ist eine Verantwortlichkeit möglich, weil nur durch Handlungen das Recht verletzt werden kann. Bloße Meinungs- oder Gefühlsäußerungen des Monarchen, Regierungsprogramme u. dgl. unterliegen der rechtlichen Nothwendigkeit einer Gegenzeichnung nicht. Wenn der Monarch eine Proclamation an sein Volk richten will, bedarf er hierzu von Staatsrechts wegen schlechterdings keiner Unterschrift als seiner eigenen. Ob er unter Umständen klug daran thut, derart persönlich hervorzutreten, das mag die Frage sein. Aber es sind doch auch ganz unverfängliche Dinge denkbar, z. B. Dank für die Huldigung bei einem Regierungsjubiläum 2c. Auch eine Thronrede bedarf — abgesehen davon, daß sie in der regelrechten Form als mündlicher Vortrag des Monarchen auftritt — von Rechts wegen keiner Gegenzeichnung. Es ist nur ein constitutioneller Brauch, der aus der Natur der Verhältnisse sich ergiebt, daß die Thronrede mit den Ministern vereinbart wird. Eine Erörterung, wie sie in der Reichstagssitzung vom 11. Februar 1895 über die kaiserlichen Erlasse vom 4. Februar 1890 stattfand, ist pro nihilo. Ob jene Erlasse gegengezeichnet sind oder nicht, war und ist gleichgiltig, und ebenso ist es praktisch unerheblich, ob man ihnen mit dem Abg. E. Richter „keinerlei Gültigkeit" zuschreibt oder nicht. Denn ihre Wirkung bleibt beide Male dieselbe.

Zu diesem Abschnitte F.s wäre noch zu bemerken, daß man das Recht, Andere auszuzeichnen, füglich nicht zu den persönlichen Ehrenrechten eines Monarchen oder des Deutschen Kaisers rechnen kann. Die Verleihung einer staatlichen Auszeichnung gehört zu den Regierungshandlungen. F. hält sich hier übrigens (S. 60 f.) löblicher Weise von allzu großen Extravaganzen fern, wie sie sich z. B. bei C. Bornhak (Archiv für öff. Recht VIII S. 476 f.) finden. Es ist gar kein Zweifel, daß der Kaiser nicht berechtigt ist, einen Reichsadel zu schaffen oder einen Reichs-

Digitized by Google

ritterorden zu gründen. Das sind staatsrechtliche, aber auch politische Thorheiten, wie sie nur in der Studirstube ausgeheckt werden.

Bei der Darstellung der „eigentlichen Regierungsrechte des Kaisers" faßt F. zunächst dessen Rechte hinsichtlich der bewaffneten Macht in's Auge. Er vertritt bezüglich des Heeres die unter den Anhängern des Bundesstaatsbegriffs überwiegend verbreitete Meinung, daß dasselbe nur deutsches Reichsheer, der Kaiser staatsrechtlich der einzige Kriegsherr des deutschen Heeres einschließlich des bayerischen Contingents sei. S. 75 f. aber heißt es, „daß die kaiserlichen Rechte bezüglich des Heeres nichts sind als Erweiterungen der Kriegsherrlichkeit des Königs von Preußen (was soll „Erweiterung der Kriegsherrlichkeit" staatsrechtlich heißen?), daß sie der Kaiser, wie schon der sogenannte (sic!) Bundesfeldherr des norddeutschen Bundesheeres, proprio iure, somit als monarchische Befugnisse und nicht kraft Delegation besitzt." Dunkel ist der Rede Sinn, wie überhaupt die ganzen Ausführungen über das Heerwesen zu den verschwommensten gehören, welche die Preisschrift aufzuweisen hat. Der Verfasser geht klaren und scharfen Formulirungen, man möchte fast sagen, geradezu aus dem Wege. In Bezug auf den Fahneneid macht sich F. die ganz unhaltbare Deutung von Brockhaus, Bornhak, Hänel u. A. zu Eigen, wonach der Soldat durch den Fahneneid, den er seinem Landesherrn schwört, nur „die jedem Unterthanen obliegende Treue" gelobt. Dabei ist einmal von der Möglichkeit einer „Untreue" des Landesherrn gegen den Kaiser die Rede! Die Reichsverfassung spricht auch von einem Fahneneide, der dem Kaiser geleistet wird. So in Art. 53 Abs. I bei der Kriegsmarine, in Art. 64 Abs. II bei den Offizieren, die der Kaiser ernennt, nachdem Abs. I des Fahneneides gedacht hat, der dem Landesherrn geleistet wird. Wie ist's nun? Wird in diesem Fahneneide auch „die jedem Unterthanen obliegende Treue" gelobt? Ferner, braucht der Unterthan, der bereits einen Unterthaneneid anderweitig geschworen hat, beim Eintritte in das Heer seinem Landes-

Digitized by Google

herrn keinen Fahneneid mehr zu schwören? Es ist schier unglaublich, was die deutsche Staatsrechtswissenschaft — das soll kein vorzugsweiser Vorwurf gegen F. sein — an Verbiegung des Rechts leistet, wenn es ihr nicht in den Plan paßt.

F. betrachtet sodann die Function des Kaisers als Vertreter des Reichs in völkerrechtlicher (S. 132 in der zweiten Hälfte der Anmerkung findet sich wieder ein Beispiel nicht hereingehöriger Kannegießerei), staats- und privatrechtlicher Beziehung.

In dem Abschnitte, der vom Kaiser als Ausüber der Vollzugsgewalt spricht, kommt (S. 143) ein Satz vor, den Kliemke geschrieben haben könnte. „Der Kaiser als solcher verfügt im Bundesrathe nicht über Stimmen, sondern hat nur ein votum consultativum durch den Vorsitzenden." Was wohl ein praktischer Staatsmann zu diesem wunderlichen Satze sagen würde? Wahrscheinlich garnichts; er würde nur sehr bedenklich den Kopf schütteln. Gehört auch das Initiativrecht im Bundesrathe, das der Kaiser nach F. S. 150 ff. und Anderen, besonders Bornhak, angeblich gewohnheitsrechtlich besitzt, zu diesem votum consultativum? Dieses Initiativrecht zählt ebenfalls zu den bedenklichen Erzeugnissen der Studirstube. Vgl. darüber die vorzüglichen Erörterungen von J. Graßmann (Archiv für öff. Recht XI S. 338 ff.), der die Ausführungen von Bornhak und F. treffend beleuchtet.

Es folgt ein Abschnitt über das Verordnungsrecht des Kaisers, gegen den nicht viel zu erinnern ist; nur die Erörterungen über das, was etwa in der Zukunft noch werden könnte (S. 178), hätten ohne Schaden wegbleiben können, zumal da F. mit der Bemerkung schließt, daß sich zur Zeit „auch nur die Anfänge" der von ihm angedeuteten oder gewünschten Entwickelung „nicht nachweisen" lassen.

Die beiden letzten Abschnitte betrachten sodann noch den Kaiser als Träger der Staatsgewalt in Elsaß-Lothringen und der Schutzgewalt in den deutschen Schutzgebieten.

Digitized by Google

Mein Schlußurtheil über F.'s Schrift fasse ich dahin zusammen, daß sie zu früh zum Drucke gelangt ist. Wenn es dem Verfasser beschieden gewesen wäre, ehe er den Schritt an die Oeffentlichkeit that, einen nüchternen, scharfen und rücksichtslosen Kritiker zu finden, und wenn ihn dieser dazu gebracht hätte, das Unkraut zwischen seinem Weizen auszureuten, dann würde die Arbeit wesentlich gewonnen haben. Hoffentlich gelingt es dem Verfasser noch, an sich selbst dieser Kritiker zu werden.

Seydel.

9. Dr. Adolf Arndt, Oberbergrath und Professor der Rechte an der Universität Halle a. S., Verfassung des Deutschen Reichs. Mit Einleitung und Commentar. Berlin, Guttentag, 1895. XII u. 339 S.

Man wird von einem Schriftsteller wie Arndt sorgfältige und gründliche Arbeit erwarten und die Erwartung auch in vorliegendem Buche erfüllt finden. Es hält die Mitte zwischen einem großen Commentare und einer Handausgabe und ist innerhalb der hiedurch gesteckten Grenzen sehr reichhaltig. In der Vorrede verwahrt sich A. gegen den Vorwurf, als zeige er in seinen Schriften die Neigung, für die Praxis gegen die Theorie einzutreten. Davon spricht er sich frei. Aber er meint, „in manchen Hinsichten blicke noch zuviel Theorie hervor, das ist Construction des Rechts aus allgemeinen Begriffen, statt des Aufbaues auf der Beobachtung der geschichtlichen Entwickelung und der Thatsachen." Diese Bemerkung ist auch nach meiner Ansicht nicht unberechtigt. Ich bin gleichfalls der Meinung, daß die deutsche Staatsrechtswissenschaft, zumal die des Reichsstaatsrechts, der Gefahr nicht ganz entgangen ist, „ruhig ihre Kreise zu ziehen, ohne Rücksicht darauf, daß das wirkliche Leben ihrer spottet." Ich glaube sogar, einen wissenschaftlichen Kampf gegen die Theorie zu Gunsten des wirklichen Lebens selbst durchgestritten zu haben, den Kampf gegen die Theorie des Bundesstaates und Alles, was drum und dran hängt. Und ich habe dabei schließlich die Genugthuung gehabt, die Lehren, wegen deren

Digitized by Google

ich nicht nur wissenschaftlich, sondern auch politisch verketzert wurde, vom wirklichen Leben d. h. von den sämmtlichen deutschen Bundesregierungen amtlich und feierlich anerkannt zu sehen. Vgl. die Erklärung Preußens im Bundesrathe vom 5. April 1884 (Annalen des Deutschen Reichs 1886 S. 350 ff.). Die Wissenschaft hat diese Thatsache, die ja sehr unbequem ist, ziemlich unbeachtet gelassen.

Die Grundanschauung von der Aufgabe der Staatsrechtswissenschaft, die A. vertritt, hat also meine volle Sympathie. Aber ich meine, man kann auch in der Anwendung von A.'s Methode zu weit gehen. Man muß die Thatsachen und die geschichtliche Entwickelung beobachten, gewiß; man darf nicht, wie das vielfach geschieht, die Thatsachen in die eigene voraus feststehende Theorie pressen, ihnen Zwang anthun oder, wo das gar nicht geht, sie bei Seite schieben. Aber dann, wenn man die Thatsachen ermittelt und beobachtet hat, muß mit dem Baumaterial dieser Thatsachen die wissenschaftliche Construction stattfinden. Das bloße Feststellen von Thatsachen ohne Construction genügt nicht. Das erkennt ja auch A. natürlich an; aber er ist, meine ich, nach dieser Richtung manchmal zu enthaltsam.

Dies zeigt sich auch in der Einleitung des vorliegenden Commentars S. 31—62, die eine Reihe ganz vortrefflicher Bemerkungen enthält und zeigt, daß sich der Verf. den theoretischen Anschauungen vom Bundesstaate gegenüber ein klares und unabhängiges Urtheil gewahrt hat. So weist er S. 57 f. schlagend den Beweis zurück, den man für die Reichssouveränetät aus der „Competenz-Competenz" abgeleitet hat. Er selbst erklärt die deutschen Staaten als souverän. „Soweit sie ihre Souveränetät nicht mehr allein, nicht mehr als Landeshoheit ausüben können, üben sie dieselbe gemeinschaftlich im Bundesrath aus." „Die deutschen Staaten sind souverän, weil sie in ihrer Gesammtheit die Souveränetät des Deutschen Reichs ausmachen." A. verweist auf die Begründung zum Gesetzentwurfe über die Einverleibung von Elsaß-Lothringen, wo das Deutsche Reich als „ein Bund selbständiger souveräner Staaten"

Digitized by Google

hingestellt werde. Soweit gut. Doch nun sollte m. E. die staatsrechtliche Construction der vorliegenden politischen Thatsachen beginnen. Ist also das Reich ein Staatenbund? Oder ist es ein Staat? A. läßt sich auf diese Untersuchung nicht ein. Er bricht ab und fährt fort (S. 60): „Mag man nun die Einzelstaaten noch als souverän ansehen oder . . . ihnen die Souveränetät absprechen u. s. w." In der Anmerkung fügt er bei, eine praktische Bedeutung komme auch dieser Controverse nicht zu. Das ist, was ich zu zurückhaltend nennen möchte. Und so völlig gleichgültig sind all' diese theoretischen Fragen doch nicht. Man braucht sich nur die abenteuerlichen Folgerungen zu vergegenwärtigen, die aus der Reichssouveränetät schon abgeleitet worden sind, oder zu erwägen, was man, zumal seit mit dem Bundespräsidium die kaiserliche Würde verbunden ist, dem Präsidium angedichtet hat. Was Hippolithus a Lapide im Schlußworte seiner Dissertatio de ratione status in imperio nostro Romano-Germanico gesagt hat, könnte man heute noch schreiben: Alii externo imperatoriae maiestatis splendore praestricti fucum sibi faciunt.

So sicher ist die Praxis gegen die Verseuchung durch die Theorie doch nicht geimpft, daß jeder schädliche Einfluß der letzteren ausgeschlossen wäre. Ganz abgesehen davon, daß man gerade auf diesem Gebiete in sehr weitem Maße von einem Einflusse der Praxis auf die Theorie reden kann, sofern man nur bei dem Worte Praxis nicht ausschließlich an die Uebung der Staatsregierungen und Behörden denkt. Aber ein Einfluß politischer Bestrebungen auf die theoretischen Auffassungen besteht in erheblichem Maße.

Auch scheint mir A. in seinem Widerspruche gegen die constructive Methode zu weit zu gehen. Er frägt: „Welche Stellung, welche Achtung kann die deutsche Staatsrechtswissenschaft beanspruchen, wenn sie die Ungültigkeit solcher Anordnungen der Reichsgewalt lehrt, die trotzdem thatsächlich in unangefochtener Wirksamkeit stehen?" (Vorwort S. IV.) Ich möchte eher meinen, daß die Wissen-

Digitized by Google

schaft sich dann in der öffentlichen Achtung herabsetzen würde, wenn sie der Praxis gegenüber auf eine eigene Ansicht verzichten wollte. Der Umstand allein, daß etwas unbeanstandet geübt wird, ist noch lange kein Beweis dafür, daß es auch Rechtens ist. Die Wissenschaft hat auch den Beruf, Irrthümern der Praxis entgegen zu treten und auf ihre Beseitigung hinzuwirken. Was z. B. Arndt a. a. O. S. IV f. bezüglich des Rechtes der Landesherren zum Erlasse von Rechtsverordnungen sagt, ist allerdings eine Lehre, zu der die Praxis sehr leicht und gern sich bekennen wird. Diese Auffassung ist auch in Bayern, trotz entgegenstehender Verfassungsvorschriften, von der Regierung lange vertreten worden. Die Wissenschaft in Verbindung mit dem Landtage hat es aber schließlich dahin gebracht, daß die Unrichtigkeit jenes Standpunktes eingesehen wurde, und seit einem Menschenalter denkt in Bayern Niemand mehr daran, jene veraltete und unconstitutionelle Auffassung zu vertreten. A. befindet sich also im Irrthume, wenn er glaubt, die von ihm für Preußen und das Reich vertretene Lehre sei im Staatsrechte aller deutschen Bundesstaaten anerkannt.

Ich muß es mir versagen, auf die Erläuterungen der einzelnen Verfassungsartikel hier näher einzugehen. Ich werde in der 2. Auflage meines Commentars zur Reichsverfassung Gelegenheit haben, in dieser Beziehung mit A. in Meinungsaustausch zu treten.

Seydel.

10. G. Arangio Ruiz, Le Associazioni e lo stato. Napoli, Presso Luigi Pierro, 1895. 511 S.

Eine rechtsvergleichende Darstellung des Vereins- und Versammlungsrechts unter Berücksichtigung der geschichtlichen Entwicklung gehört auch dann zu den schwierigen Aufgaben des Staatsrechts, wenn der Kreis der Erörterung auf das Recht der bedeutenderen Staaten in der europäischen Völkerrechtsgemeinschaft beschränkt wird. Das Ringen der socialen und politischen Gesell-

Digitized by Google

schaftsschichten um den Besitz der Staatsgewalt, die gegenseitige Beeinflussung der im Wechselverkehr stehenden Länder in Beziehung auf das innerstaatliche Leben, die stille, aber mächtige Arbeit philosophischer, namentlich naturrechtlicher Ideen führt zu einer reichen Ausgestaltung der Rechtsnormen in den verschiedenen Ländern und zu einer wechselvollen, schwankenden Geschichte des wesentlich modernen Rechtsinstitutes innerhalb des einzelnen Staatsgebietes; ganz abgesehen von der bedeutenden Verschiedenheit in der Anwendung des geltenden Rechts durch die Verwaltung, entsprechend der jeweiligen politischen Lage, und von den stoßweisen, unvermittelten Uebergängen in Folge überwältigender politischer Ereignisse, wobei nur an die Wirkungen der französischen Revolutionen und der auf sie folgenden Reactionen erinnert werden mag.

Der Versuch unseres Autors, eine zusammenfassende Schilderung der Stellung des Staates zu den „Associazioni" (Vereinen und Versammlungen) nach den eben angedeuteten Richtungen zu geben, kann im Allgemeinen als gelungen bezeichnet werden.

Der erste Theil der etwas zu umfangreichen Arbeit handelt von dem Wesen und dem Begriffe der Vereinigungen — der Vereinigungsact wird als Ausfluß des socialen Triebes, als Product der socialen Freiheit und als internationales Recht des freien Menschen gekennzeichnet —, von den verschiedenen Erscheinungsformen der Vereinigungen und von den prohibitiven und präventiven Schranken derselben aus politischen Gründen, sowie von den Grenzen und Beschränkungen ihrer Handlungsfreiheit, welche sich aus Rücksichten der Gesellschaft, des Handels und der Industrie ergeben. Dabei bringt der Verf. auch Ausführungen über den Begriff der Corporation und der Societät, über die vita in commune der Religiosen, über die socialen Theorien von Stein; sogar über die verschiedenen Arten der Gesetze; auch die vera crux des deutschen Staatsrechts, Bundesstaat oder Staatenbund („Staatesbund" ist S. 157 zweimal zu lesen), wird uns nicht erspart. Den

Digitized by Google

Gegenstand des zweiten Theiles der Abhandlung bildet die Geschichte und die Gesetzgebung der wichtigsten Staaten in Bezug auf die politischen Vereinigungen. Daß Ruiz außer dem Rechte seines Heimathlandes namentlich den Rechtszustand in England und Frankreich betont, ist ebenso erklärlich als die etwas flüchtige Behandlung der particularen Rechte innerhalb des Deutschen Reichs. Immerhin ist er bei Italien erheblich über den Raum hinausgegangen, der durch die Disposition des Werkes dafür eigentlich zur Verfügung gestanden wäre; so großes Interesse auch die Zeichnung des Ganges der geschichtlichen Ereignisse durch die sachkundige Feder des Autors bietet, so erscheint es doch, um nur eines anzuführen, nicht nothwendig, die einzelnen Stadien der parlamentarischen Verhandlungen in der hier beliebten Breite dem Leser vorzuführen.

„Bemerkungen und Erläuterungen" lautet die Ueberschrift des dritten und letzten Theiles des Buches. Der erste der hier gegebenen Excurse bespricht die große Beeinflussung des Vereins- und Versammlungsrechts durch die öffentliche Meinung, welche als ein natürliches und gemeinsames oder allgemeines Urtheil über indirect oder direct das öffentliche Interesse berührende Fragen definirt wird, ausgestattet mit einer gewissen Dauer und mit Beziehungen zu einem bestimmten Raum. Eingehende Würdigung findet auch die immermehr siegreich vorwärts drängende Großmacht unseres Jahrhunderts, die Presse, welche namentlich durch die Tagespresse neben den Vereinen als wichtigster Factor bei der Bildung der öffentlichen Meinung angesehen werden muß. Die zweite Bemerkung betrifft die Frage, warum die Vereinigungen eine ausschließend moderne Erscheinung sind und begründet deren Bejahung durch die Erwägung, daß alle Vereinigungen des heutigen Tages sich auf dem Begriff der absoluten Gleichheit unter den Vereinsmitgliedern aufbauen, welchen Begriff die früheren Jahrhunderte nicht gekannt haben.

Das Schlußkapitel der Abhandlung sucht die verschiedenen

Digitized by Google

Abstufungen der Vereinigungsfreiheit in den einzelnen Ländern aus den dort herrschenden socialen und politischen Zuständen zu erklären. Wohlthuend berührt dabei das gesunde, nüchterne Urtheil des Verfassers und sein aufrichtiges Bestreben, nicht dem Fehler des Schablonisirens um jeden Preis zu verfallen, sondern den berechtigten und geschichtlich gewordenen Eigenthümlichkeiten der Volksstämme gerecht zu werden, auch wenn sie nicht mit den altgewohnten Sitten des eigenen Landes harmoniren. Daraus ergiebt sich auch eine Fülle zutreffender Bemerkungen und feiner Beobachtungen, welche gerade diesen Abschnitt zu einem der interessantesten des Werkes machen und in der Abklärung des Urtheils den Werth der rechtsvergleichenden Methode deutlich ersehen lassen. Demgegenüber können die Bemängelungen, zu welchen eine einschneidende und detaillirte Kritik vielleicht Veranlassung finden könnte, nicht besonders in's Gewicht fallen. Mag auch die neueste Litteratur nicht allenthalben in der wünschenswerthen ausgiebigen Weise verwerthet sein, bedarf auch die Ansicht des Verf.'s in einigen Punkten der Berichtigung oder wenigstens der näheren Begründung, kann man auch die ungleiche Behandlung der einzelnen Partien nicht durchweg billigen, so ist doch die Gesammtanlage auf die richtigen Grundsätze wissenschaftlichen Schaffens aufgebaut, so daß kein Leser das Buch unbefriedigt aus der Hand legen wird.

Zwei Sätze des Autors, welche für seine Welterfahrung Zeugniß geben, mögen zur Illustrirung des Gesagten wegen ihrer allgemeinen Giltigkeit hier noch Platz finden. Auf Seite 508 heißt es: „La libertà non è un abito che s'indossa alla prima occasione appena il sarto l'abbia consegnato" und Seite 433 schreibt er: „Ciò che in nome del diritto politico si è dovuto condannare, viene giustificato dalle differenze complesse fra le varie società!"

Dr. Leopold Menzinger.

Digitized by Google

VI.

Internationales Recht.

1. Heilborn, Paul, Das System des Völkerrechts entwickelt aus den völkerrechtlichen Begriffen. Berlin, Springer, 1896. IV und 417 S.

Seit Rudolf von Ihering ist die „Begriffsjurisprudenz" stark anrüchig geworden. Man will von dem „Formalismus in der Rechtswissenschaft" nichts wissen. Er führe nur zu blutlosen, weltfremden Phänomenen. Aus dem Leben müsse der wissenschaftliche Jurist schöpfen, mit warmem Rechtsgefühl müsse er an seine Aufgabe herantreten, seine Zeit müsse er lebensvoll erfassen, nur so werde seine Arbeit für Menschen mit Fleisch und Blut brauchbar sein. Diese Zurückweisung der „Begriffsjurisprudenz" mochte ehedem, wenigstens auf dem Gebiete des Civilrechts, am Platze sein in einer Zeit, in der die Form sich ungebührlich breit machte und den Inhalt zu ersticken drohte. Aber das Uebel war nur das Streben des Formalismus nach der Tyrannis, nicht der Formalismus selbst. Die Construction von Begriffen, Oberbegriffen, Unterbegriffen ist schlechterdings unentbehrlich, ohne sie könnten Recht und Rechtswissenschaft nur stammeln, aber nicht articulirt sprechen. Das vergessen heutzutage diejenigen, die der Begriffsjurisprudenz alle Daseinsberechtigung absprechen.

Der Mangel an Vertiefung in die Rechtsbegriffe hat sich namentlich bei einer Disciplin schwer gerächt: im Völkerrecht. Die Klage, daß die Grenze zwischen Recht und Politik hier noch immer nicht deutlich erkennbar sei, ist ein zweifelloses Symptom

Digitized by Google

dafür, daß hier die Formaljurisprudenz zu wenig Einlaß gefunden hat. Damit aber steht in innigem Zusammenhang der Umstand, daß die Systematik noch immer die Achillesferse unserer heutigen Völkerrechtswissenschaft ist.

So ist es denn ein vollberechtigtes Unternehmen Heilborn's, wenn er die Erforschung der völkerrechtlichen Begriffe und ihre Verwerthung zum Aufbau eines Systems ex professo in Angriff genommen hat. Man kann dem Autor nur beipflichten, wenn er sich von der bisherigen Systematisirung des Völkerrechts nicht befriedigt fühlt. Ganz abwegig ist namentlich die Meinung Geffcken's, der in der Revue de droit international, Tome XXVII p. 623 et suiv. bei Besprechung des Heilborn'schen Werkes für die bisherigen Systeme, die doch gar nicht so schlecht seien, eine Lanze bricht und dafür hält, das dem Holtzendorff'schen Handbuche zu Grunde liegende System z. B. sei „assez rationnel". Die Holtzendorff'sche Arbeitstheilung war doch von einem System denkbarst weit entfernt!

Seiner nicht leichten Aufgabe hat sich Heilborn mit Energie unterzogen. Zu ihrer Erledigung war ein gewisser Radicalismus unbedingt nothwendig. Wenn deshalb Geffcken a. a. O. Heilborn's Schlußfolgerungen parfois trop tranchantes findet, so müssen wir im Gegensatz hierzu dieser Unerschrockenheit gerade uns freuen, die sich nicht scheut, auch gelegentlich einmal zu verbrennen, was bisher angebetet wurde. Fügen wir hinzu, daß Verf. Ethik und Recht streng auseinander hält, daß er auf Sonderung des nationalen vom internationalen Recht bedacht ist und daß er auf dem Boden des Positivismus steht, daher die Ableitung der Völkerrechtsregeln aus philosophischen Lehrsätzen ablehnt (vgl. S. 88—89, 99, 126 und sonst), so dürfte damit die treffliche Gesammtanlage des Werkes genügend skizzirt sein.

Im Einzelnen untersucht der Verf. in einem ersten Abschnitt die systematische Stellung, die den „völkerrechtlich relevanten Menschen und Gegenständen" anzuweisen ist; sodann die Classi-

Digitized by Google

fication der subjectiven völkerrechtlichen Rechte, worauf er dann im dritten Abschnitt das System selbst aufbaut. Allenthalben geht er mit großer Sorgfalt zu Werke. Stellenweise thut er sogar wohl des Guten zu viel und läßt seine Untersuchung nach Inhalt wie Ausdruck ausufern, wie er denn auch selbst (S. 3) seine Arbeit als eine „breit angelegte" bezeichnet.

Zuvörderst prüft Verf. die Bedeutung des Landgebiets für die Völkerrechtswissenschaft. Seit Fricker's kleiner, aber inhaltreicher Abhandlung „Vom Staatsgebiet" (1867) pflegt man die entscheidende Frage dahin zu formuliren: Ist das Staatsgebiet Object der staatlichen Beherrschung, die Gebietshoheit mithin ein Recht am Gebiet; oder ist letzteres nur ein Moment im Wesen des Staates, die Gebietshoheit somit nur ein Recht (eine Herrschaft) im Gebiet? F. verneint die erstere Alternative und bejaht die zweite. H. wendet sich zunächst gegen jene Verneinung. Er macht geltend, die Disposition über Staatsgebiet, so insbesondere die Bestellung von Staatsdienstbarkeiten, sei nur dann zu erklären, wenn ein Recht am Gebiet bestehe. Dieser Einwand würde zutreffen, wenn die Fähigkeit zur Uebertragung des Rechts an Andere sowie zur Bestellung von jura in re zum Inhalte des dinglichen Rechts gehörte. Aber diese Auffassung weist Verf. selbst (S. 35) im Anschlusse an Thon mit Recht zurück. Die Möglichkeit rechtlicher Disposition über Sachen, die Thon'sche „Befugniß", ist nicht ein Ausfluß aus dem Recht an der Sache, sondern eine Eigenschaft der Persönlichkeit. Sie kann fehlen bei vorhandenem Recht an der Sache, sie kann umgekehrt vorhanden sein bezüglich solcher Sachen, an denen der Dispositionsberechtigte kein Recht hat. Der Hinweis auf die staatliche Verfügung über Gebiet beweist also noch nicht, daß an letzterem ein Recht bestehe. Schlagend ist dagegen dasjenige, was Verf. über die Abtretung von Staatsgebiet ausführt. Hat der Staat kein Recht an seinem Gebiet, ist letzteres vielmehr nur ein Element seiner selbst, so ist die Consequenz unvermeidlich, daß Abtretung schon des kleinsten Stückes vom

Digitized by Google

Gebiet eine Aenderung des Staates selbst nach sich ziehen muß. Daß letzteres nicht der Fall ist, weist Verf. sehr glücklich nach; er zeigt, daß „Moment im Wesen des Staates" nicht das concrete Gebiet ist, sondern abstract lediglich das Haben irgend welchen Gebiets, das Gebiet in seiner concreten Erscheinung somit das Object der staatlichen Beherrschung ist. Hiermit schlägt er auch gleichzeitig den Einwand von Fricker und Preuß: Object, Sache, sei doch nur Dasjenige, was dem Subject gänzlich fremd und äußerlich sei, dessen Veränderung und Wegfall das Subject gänzlich unberührt lasse; da nun aber Wegfall des Staatsgebiets Untergang des Staates bedeute, so könne das Gebiet eben nicht Object im Verhältniß zu dem Subject „Staat" sein. Daneben weist H. zur Widerlegung dieses Einwands darauf hin, daß der Staat ja keine natürliche Einheit sei, somit auch nicht die geringste Schwierigkeit bestehe, ihn in unseren Gedanken als Subject seinem Gebiete als Object entgegenzustellen. Ueberdies trifft unseres Erachtens auch die Vorstellung, als müßten Subject und Object stets einander fremd gegenüberstehen, nicht zu. Das Subject kann sehr wohl begrifflich mit dem Object verknüpft sein. So ist es z. B. bei dem „Bewohner" und der „Wohnung": fällt letztere, also das Object, hinweg, so ist auch ein „Bewohner" nicht mehr vorhanden, sondern nur noch ein „Mensch". Ganz analog bewirkt der Wegfall des Staatsgebiets den Wegfall des Staates als solchen unter Zurücklassung von „Volk" und „Verfassung". Des Räthsels Lösung liegt eben darin, daß das Subject „Staat" ein solches begrifflich nur im Hinblick auf das Object „Gebiet" und in Verbindung mit diesem ist.

Ist somit die Gebietshoheit ein Recht des Staates am Gebiet, so entsteht die weitere Frage: welchen Inhalt hat dieses Recht? Unseres Dafürhaltens ist hier der Punkt, an dem die Ergebnisse der Forschungen Fricker's zu verwerthen sind, dessen Methode doch wohl nicht so anfechtbar ist, wie Verf. S. 7 ff. annimmt. Denn darin hat F. doch jedenfalls Recht,

Digitized by Google

daß das Gebiet in der That nur der Raum ist, auf dem der Staat seine Hoheitsakte vornimmt, daß hierin sich die positive Gebietsfunction erschöpft. Dies nimmt H. im Grunde genommen auch selbst an. Nur erblickt er im Anschluß an Thon in dem Recht an der Sache nicht das Erlaubtsein der positiven Einwirkung auf dieselbe seitens des Berechtigten, sondern lediglich das Nichteinwirkendürfen der Anderen, und so gelangt er zu der Definition der Gebietshoheit als des gegen alle Staaten gegebenen Anspruchs auf Unterlassung jeder Einwirkung auf das Gebiet, welche sie nur als Staaten vornehmen könnten. Das Wesentliche hierbei ist die Erkenntniß, daß Herrschaft im Gebiet und Recht am Gebiet keine Gegensätze sind. Für uns ist der Inhalt des letzteren: die ausschließliche Herrschaft im Gebiet, d. i. die rechtlich gewährleistete Möglichkeit zur Vornahme von Staatshoheitsakten auf dem Gebiet. Damit ist abgelehnt die Auffassung, wonach die Gebietshoheit die Herrschaft über die Personen und Sachen auf dem Gebiet in sich schließen soll; desgleichen die Auffassung, daß die Gebietshoheit alle „auf das Gebiet bezüglichen" Staatshoheitsakte dem Territorialstaate mit Ausschluß der übrigen zuweise, sodaß schon die rein gedankliche Befassung eines Staates mit fremdem Gebiet ein Eingriff in die fremde Gebietshoheit wäre.

Rücksichtlich des Wassergebiets schließt sich H. der sog. Eigenthumstheorie an, wonach am Küstengewässer u. s. w. echte Gebietshoheit besteht. Seine Ausführungen hierüber, insbesondere gegen das Harburger'sche „Gesetzgebungsrecht über das Wassergebiet", erscheinen zutreffend bis auf zwei Punkte. Einmal nämlich müssen hier die Fragen nach Gewinnung der Meeresproducte, Fischerei, Benutzung der Gewässer als Fahrstraße für Handelsschiffe u. dgl. aus dem Spiele bleiben, weil diese Dinge in das Privatrecht einschlagen, während es sich für die Gebietshoheit und die völkerrechtlichen jura in re nur um Vornahme von Staatshoheitsakten handelt. Sodann aber ist das Problem nicht richtig gefaßt, wenn, wie dies allerdings ganz allgemein geschieht, das

Digitized by Google

Recht des Staates am Wassergebiet als Grund dafür angesehen wird, daß die Gesetzgebungs- und Jurisdictionsgewalt des Staates die dort befindlichen Personen (insbesondere die Fremden) und die dort sich abspielenden Vorfälle ergreift. Denn diese Gesetzgebungs- und Jurisdictionsgewalt bedarf gar keiner besonderen Begründung. Das Völkerrecht hat bis heutigen Tages noch nicht den gesammten Gesetzgebungsstoff derart unter die Staaten vertheilt, daß jeder Staat nur einen Ausschnitt für sich beanspruchen dürfte. Vielmehr hat grundsätzlich jeder Staat in dieser Hinsicht völlig freie Hand, seine Gesetzgebung darf sich auf Personen (Staatsangehörige wie Fremde), die sich ubivis terrarum befinden, auf Vorgänge, die ubivis terrarum geschehen, beziehen. Das zeigt sich z. B. in den Gesetzen, die für das offene Meer gegeben sind (Deutsches Reichsgesetz vom 4. December 1876, betr. die Schonzeit für den Fang von Robben — beachte insbesondere die dort genannten „Ausländer"), sowie denjenigen, welche für die in fremdem Staatsgebiet begangenen Thaten Strafen androhen (Reichsstrafgesetzbuch § 4). Es liegt auf der Hand, daß demgemäß die Erstreckung der „Competenz" auf die Personen und Ereignisse im Wassergebiet einer besonderen Erklärung nicht bedarf. Die Gebietshoheit vermöchte auch diese Erklärung nicht zu bieten. Sie hindert ja, wie oben beim Landgebiet gesagt ist, andere Staaten nicht, sich rein gedanklich mit dem Gebiet zu befassen. Sie besteht auch für die Küstengewässer u. s. w. nur darin, daß dort Staatshoheitsakte nur von dem Staate, dem sie zugehören, vornehmbar sind.

Wie dem Gebiet, so weist H. auch den Menschen sowohl qua Staatsangehörigen, wie auch qua Menschen als solchen für das Völkerrecht lediglich die Stellung als Objecte an. Seinen hierauf bezüglichen Darlegungen können wir bis in die Einzelheiten hinein durchweg beipflichten.

Auch die Staatshäupter streicht der Verfasser aus der Reihe der völkerrechtlichen Rechtssubjecte. Was er hierüber sagt, ist richtig und zeichnet sich durch Consequenz aus. Anfechtbar ist

Digitized by Google

dagegen seine Aufstellung, es weise das Völkerrecht den Staatshäuptern eine unbeschränkbare Competenz in dem Sinne zu, daß der von ihnen erklärte Wille immer Staatswille sei, ungefähr wie im Handelsrecht der Beschränkung des Umfanges der Vollmacht (von Procuristen u. s. w.) die Wirkung gegenüber dritten Personen abgesprochen werde. Wohl sind die Bemerkungen H.'s gegen Nippold und Seligmann durchaus zutreffend; wohl ist richtig, daß seine Auffassung denkbar wäre, daß namentlich völkerrechtliche Gültigkeit eines Staatsvertrages mit staatsrechtlicher Ungültigkeit begrifflich vereinbar ist. Aber nicht kann zugegeben werden, daß das Völkerrecht den Staaten verwehre, mit internationalrechtlicher Wirksamkeit die Function der Willensbildung von dem Staatshaupt auf ein anderes Organ oder dem Staatshaupt mit einem solchen gemeinschaftlich zu übertragen. Der Verfasser spricht selbst aus (S. 139): „Das Völkerrecht sagt: die Bestimmung der Person des Staatshauptes steht jedem Staate selbst zu." Ueberläßt aber das Völkerrecht solchergestalt durch eine Art Blankettgesetz den Staaten die Bestimmung der Persönlichkeit, so überläßt es ihnen augenscheinlich damit auch das minus, die Bestimmung darüber, welche organische Stellung diese Persönlichkeit haben, welche Bedeutung ihr für die Bildung des staatlichen Willens zukommen soll. Nur soviel läßt sich behaupten, daß für die unbeschränkte Competenz des Staatshauptes völkerrechtlich die Präsumtion spricht.

In dem folgenden Kapitel zeigt der Verfasser in überzeugender Weise, daß den Gesandten und Consuln weder Rechtssubjectivität, noch irgend welche völkerrechtliche Competenz zukommt. Sehr glücklich und gelungen ist hier ferner der Nachweis, daß für das Völkerrecht der Inhalt der Amtsthätigkeit der Gesandten, Consuln u. s. w. gleichgültig, vielmehr nur die persönliche Stellung dieser Beamten im Aufenthaltsstaate characteristisch ist. Dabei gewinnen die Begriffe des sog. activen und passiven Gesandtschaftsrechts, vom Verfasser richtiger mit Gesandt-

Digitized by Google

schaftsfähigkeit bezeichnet, eine ganz neue Bedeutung: active Gesandtschaftsfähigkeit ist die Fähigkeit, Gesandte mit dem Anspruch auf Anerkennung des diplomatischen Characters zu entsenden; passive Gesandtschaftsfähigkeit die Fähigkeit, durch Gewährung der diplomatischen Vorrechte an fremde Gesandte sich der Verantwortlichkeit für deren Thun zu entschlagen.

Eine ebenso glückliche Hand zeigt der Verfasser bei Klarlegung der völkerrechtlichen Stellung des Papstes. Er weist nach, daß dieser weder völkerrechtliche Person ist, noch auch nur, wie dies meist gelehrt wird, anormaler Weise in einzelnen Beziehungen als Rechtssubject behandelt wird. Die sog. persönliche Souveränetät des Papstes sei eine Fiction; die Concordate seien keine völkerrechtlichen Verträge; von activer und passiver Gesandtschaftsfähigkeit des Papstes lasse sich namentlich deswegen nicht reden, weil diese Fähigkeit ohne Gerichtsbarkeit nicht denkbar sei, solche aber dem Papste abgehe. Es ergiebt sich hieraus, daß die Rechtsstellung des Letzteren juristisch lediglich den Inhalt von Ansprüchen der Staaten gegen einander, insonderheit gegen Italien, bildet.

Neu und eigenartig sind auch die Ausführungen H.'s über die Rechtsstellung der Kauffahrteischiffe. Danach sollen letztere nicht als Gebiet des Flaggenstaates gelten, nicht seiner Territorialhoheit unterstehen, ja überhaupt nicht Object völkerrechtlicher, sondern nur privater Rechte sein; die Nationalität der Schiffe soll nur die Bedeutung eines personellen Schutzverhältnisses des Flaggenstaates zu den zum Schiffe gehörigen Leuten haben, dessen Kehrseite dann die Verantwortlichkeit für die von diesen begangenen Handlungen sei. Diese Auffassung ist u. E. unzutreffend. Wohl besteht ein derartiges Schutzverhältniß mit daraus sich ergebender Verantwortlichkeit, und es ist von großem Werthe für die Theorie, daß der Verfasser die Aufmerksamkeit darauf gelenkt hat. Aber einmal erschöpft sich die Bedeutung der Nationalität der Schiffe in diesem personalhoheitlichen Verhältniß denn doch

Digitized by Google

nicht; und sodann kann auch der Inhalt, den H. diesem Verhältniß giebt, nicht ganz als richtig anerkannt werden.

Das Kauffahrteischiff auf hoher See ist, so lehrte die bisherige Theorie, wandelndes Gebiet des Flaggenstaates. Daraus zog man dann freilich namentlich in früherer Zeit manche verkehrten Folgerungen. Aber Eins ist doch unleugbar, nämlich daß auf dem Kauffahrteischiffe auf hoher See lediglich der Flaggenstaat mit Ausschluß anderer Staaten Hoheitsakte (Verhaftungen, Durchsuchungen u. s. w.) vornehmen darf. Und gerade dieses ausschließliche Dürfen bildet den Inhalt der Territorialhoheit (vgl. das oben über das Land- und Wassergebiet von uns Ausgeführte), gerade hierin besteht der völkerrechtliche „Sachgenuß". Der privatrechtliche Sachgenuß, das Benutzen des Schiffes zur Schifffahrt u. s. w., ist völlig belanglos. Damit erledigen sich die Einwendungen H.'s auf S. 224 ff. Auch die Verlustigung des Schiffes und die Endigung der Nationalität im Falle von Piraterie, Blokadebruch, Contrebandeführung sind mit der Territorialhoheit sehr wohl vereinbar. An dem Seeräuberschiff u. s. w. dürfen dritte Staaten Hoheitsakte nur in einzelnen Beziehungen (Festnahme der Mannschaft u. s. w.) vornehmen, der Inbegriff der Gebietshoheit bleibt bis zur Verurtheilung bei dem Flaggenstaat. Es besteht also an den Schiffen ein jus in re aliena etwa nach Art der Legalservituten, genau ebenso, wie z. B. an dem im Kriege occupirten Landgebiet der die Occupation erduldende Staat die Gebietshoheit hat, der Occupant dagegen nur ein dingliches Recht an fremder Sache, insofern er einige Staatshoheitsakte auf dem Gebiet vornehmen, z. B. seine Kriegsgerichte auf demselben tagen lassen darf. Daß dieses an den Schiffen bestehende jus in re aliena schließlich ein Erlöschen des Gebietscharacters herbeiführt (Verurtheilung des Schiffs durch das Prisengericht), kann nicht auffallen; kennt doch auch das Privatrecht in dem Pfandrecht ein jus in re aliena, welches zur Vernichtung des Eigenthums führt.

Digitized by Google

Neben dem „völkerrechtlichen Eigenthum" am Schiff besteht aber allerdings außerdem ein persönliches Schutzverhältniß zwischen dem Flaggenstaat und den Schiffsangehörigen. Aber dieses Schutzverhältniß hat lediglich die Bedeutung, daß der Flaggenstaat den übrigen Genossen der Völkergemeinschaft gegenüber legitimirt ist, sich der Interessen der Schützlinge anzunehmen und daß er verpflichtet ist, über diese sein Strafrecht walten zu lassen. Dagegen steckt in dem Schutzverhältniß nicht irgend eine bestimmt begrenzte Strafberechtigung. Solche leitet H., unter dem Banne der allgemein herrschenden Meinung stehend, aus jenem Schutzverhältniß her. Aber es ist an der Zeit, den Irrglauben aufzugeben, es vertheile das Völkerrecht die Strafcompetenz unter die Staaten nach irgend welchen territorialen oder personalen Gesichtspunkten. Jeder Staat hat durchaus freie Hand, welche Personen er strafen und wegen welcher Thaten er sie strafen will. Es ist nicht die Territorialhoheit, welche die Grenze der Strafcompetenz in dem Sinne bezeichnete, daß nur die auf dem Gebiete begangenen Thaten der Strafcompetenz anheim fielen [1]). Aber auch die Personalhoheit hat mit der letzteren Nichts zu schaffen, die Vorstellung, daß der Staat von Völkerrechtswegen nur cives und subditi temporarii strafen dürfe, ist falsch. Das Völkerrecht giebt also keine Strafberechtigung, sondern setzt solche als schrankenlos vorhanden voraus, und seine Sätze haben nur entweder die Bedeutung, daß in gewissen Fällen ein Staat nicht strafen darf, oder daß er zu strafen verpflichtet ist. Auch das „Schutzverhältniß" des Flaggenstaates über die Schiffsmannschaft ꝛc. giebt mithin keine Strafcompetenz, sondern nur Strafpflicht. Jeder andere Staat ist genau ebenso, wie der Flaggenstaat, berechtigt zu strafen, wenn nicht besondere Gründe völkerrechtlicher Natur, z. B. ein Consulargerichtsbarkeitsvertrag, ihm dies Recht genommen haben.

[1]) Vgl. oben S. 608 und dazu meine Schrift „Die strafrechtliche Bedeutung der Exterritorialität" S. 67, 96 f., 99, 111 ff., 151 Anm. 40.

Digitized by Google

Ganz entsprechend wie die Handelsschiffe will der Verfasser auch die Kriegsschiffe behandelt wissen. Deren reale Exterritorialität lehnt er ab; nur der Schiffsbesatzung persönlich komme Exterritorialität zu; das Kriegsschiff sei schlechthin privatrechtliches, nicht völkerrechtliches Object. Dies ist unannehmbar. Auf einem Kriegsschiff, das in fremden Gewässern vor Anker liegt, darf der Flaggenstaat jedweden Hoheitsakt vornehmen, der Uferstaat keinen einzigen[1]); und das bedeutet nicht mehr und nicht weniger, als: das Schiff ist Gebiet des Flaggenstaates und dessen Gebietshoheit unterworfen. Wäre dem nicht so, so würde der auf dem Schiffe in fremden Gewässern vorgenommene Hoheitsakt ja im Gebiet des Uferstaates vor sich gehen, somit die Territorialhoheit des letzteren verletzen, und umgekehrt müßte der Flaggenstaat Hoheitsakte des Uferstaates auf dem Schiffe dulden. Gewiß ist die Gebietshoheit über das Kriegsschiff in manchen Punkten eigenartig gestaltet: sie ist, wie der Verfasser ausführt, nicht übertragbar, sondern nur originär erwerbbar; sie erlischt durch Aufgeben des Schiffes (nicht schon, wie Verfasser annimmt, durch bloßes Weggehen der Besatzung) u. s. w. Aber diese Besonderheiten erklären sich daraus, daß eben nicht schon der Schiffskörper in seiner rein äußerlichen Erscheinung „Gebiet" ist, sondern der Gebietscharakter von dem thatsächlichen Benutztsein seitens des Flaggenstaates als Kriegsschiff abhängt. Im Uebrigen ruhen auch hier H's. Ausführungen auf der unrichtigen Grundauffassung, daß ein Staat in fremde Territorialhoheit eingreife, wenn er seine Gesetzgebung und Jurisdiction auf die in fremdem Gebiet sich abspielenden Vorgänge erstreckte. Das gilt namentlich hinsichtlich seiner Behandlung der in fremden Häfen begangenen Delicte.

---

[1]) S. Heilborn selbst S. 266 f. Das von diesem S. 259 allegirte englische Zollgesetz vom 24. Juli 1876 beruht auf völkerrechtswidriger Anmaßung Englands, wie Heilborn's eigene Bemerkung über die Staatspraxis S. 260 unzweifelhaft macht.

Digitized by Google

Im Vorübergehen prüft Verfasser S. 257 f. auch die Lehre von der persönlichen Exterritorialität. Er vertritt hier die richtige Auffassung, daß diese nicht die principielle Befreiung von den Gesetzen, speciell den Strafgesetzen, sondern nur Einzelexemption von der Gerichtsbarkeit ꝛc. bedeutet.

In gänzlich veränderter Gestalt geht die Lehre von den sog. Grundrechten aus den H.'schen Forschungen hervor. Der Verfasser geht zwar nicht so weit, wie Jellinek, dem der Catalog der Grundrechte nur eine Tautologie darstellt („Recht des Staates, Staat zu sein"). Ein Grundrecht läßt er gelten, das „Recht an der Person", kraft dessen jeder Staat gegen alle anderen Rechtsgenossen den Anspruch auf Nichtverletzung seiner Person hat. Dasselbe ist ungefähr das, was man bisher unter dem „Recht auf Existenz" verstand, aber theils ist es enger, theils weiter. Recht auf Existenz in dem traditionellen Sinne giebt es nach H. nicht, namentlich nicht in dem Sinne, daß ein Staat berechtigt sei, „alles vorzunehmen, was zur eigenen Selbsterhaltung nothwendig sei" (z. B. zur Niederwerfung von Räuberbanden fremde Gebietshoheit zu verletzen — canadischer Carolinafall 1838). Der in letzterer Hinsicht maßgebende Gesichtspunkt sei vielmehr lediglich der des Nothstandes, und dieser gebe nicht ein Recht zum Handeln, sondern beseitige nur den Deliktscharakter; die Nothstandshandlung sei nur unverboten, nicht rechtmäßig. Das „Recht auf Achtung" ferner sei nichts Besonderes, sondern in dem Recht an der Person enthalten. Das „Recht auf Unabhängigkeit" sei kein positives subjectives Recht, sondern die schon vor dem Völkerrecht gegebene Freiheit der Person, und deren Verletzung sei eben deshalb eine Verletzung der Person selbst, folglich schon zufolge des „Rechts an der Person" unzulässig. Was man unter dem „Recht auf Verkehr" begreife, das sei theils in specielle Rechtsgebiete (z. B. in das Fremdenrecht) gehörig, theils mangele ihm überhaupt die juristische Natur. Das sog. „Recht auf Gleichheit" endlich sei kein Recht, sondern nur die

Digitized by Google

logische Folge der Souveränetät. Auch die vereinzelt den Grundrechten zugezählten Rechte am Staatsgebiet und an den darauf befindlichen Menschen und Sachen seien zwar keine obligatorischen Rechte, aber auch keine „Grundrechte."

Es sind grundstürzende Neuerungen, die der Verfasser hier von der Wissenschaft verlangt. Aber seine Darlegungen sind jedenfalls in ihrem kritischen Theil durchaus zutreffend. Der Inhalt, der den „Grundrechten" herkömmlich gegeben wird, ist in der That zum großen Theil überhaupt nicht positivrechtlicher Natur, sondern stammt aus Naturrecht oder Politik. Zum anderen Theil ist er zwar positivrechtlich, gehört aber in andere juristische Formen. Eine genaue Sonderung dieser Bestandtheile und eine anderweite Eingliederung des zweiten derselben in das System des Völkerrechts hat Verfasser leider nicht unternommen, und insofern befriedigt dieser Abschnitt nicht ganz. Bei der großen Tragweite der Neuerung wäre gerade hier größere Ausführlichkeit am Platze gewesen. So vermißt man namentlich ein Wort darüber, wohin die durch den Verfasser heimathlos gewordene Nothstandslehre künftig verwiesen werden soll.

Der folgende Abschnitt behandelt die völkerrechtlichen Ansprüche. Hier weist der Verfasser die Jellinek'sche Auffassung, als handle es sich im Völkerrecht nur um ein „Gewähren" und daraus hervorgehendes rechtliches „Können", nicht um ein „Erlauben", und daraus hervorgehendes „Dürfen", zurück. Uns scheint, daß diese Jellinek'sche Auffassung von dem von H. nicht beanstandeten Ausgangspunkt Jellinek's aus unwiderleglich ist. Beide Autoren gehen nämlich davon aus, daß das Völkerrecht nicht ein über den Staaten stehendes Recht sei. Nun sagt Jellinek: „Erlauben" setzt eine Macht voraus, die auch verbieten könnte; eine solche giebt es im Völkerrecht nicht, folglich kann hier nicht „gedurft" werden. Diese Argumentation ist für H. nur eine „Subtilität". Aber seine Einwendungen erscheinen nicht stichhaltig, namentlich deshalb nicht, weil er (S. 313) sich an den alltäglichen

Digitized by Google

Sprachgebrauch hält und nicht die Sache selbst in's Auge faßt. Freilich im Ergebniß hat er u. E. Recht: es giebt auch im Völkerrecht ein Dürfen. Der erlaubende Factor ist eben die als Einheit gedachte und über die Staaten gebietende Völkergemeinschaft. — Im Uebrigen scheidet der Verfasser sachgemäß die dinglichen (absoluten) Rechte von den Obligationen.

Die Bedeutung des Kriegsrechts besteht nach H. in der ausnahmsweisen Suspension von einzelnen der Völkerrechtssätze, die für Friedenszeiten Geltung haben. Krieg ist, wie er nachweist, nicht als ein Zustand oder ein Verkehrsmittel zu definiren; wenigstens ist damit nicht viel gewonnen; auch nicht als ein Rechtsmittel, gerichtet auf die Durchsetzung von Rechtsansprüchen; vielmehr ist Krieg jeder mit Waffengewalt geführte Kampf zwischen zwei Staaten gleichviel ob aus rechtlicher Veranlassung oder in Wahrung rechtlich nicht geschützter Interessen. Für die Systematik ergiebt sich hieraus, daß die alte Eintheilung des Völkerrechts in das jus pacis und das jus belli unhaltbar ist; daß die Auffassung des Kriegsrechts als „Völkerproceßrechts" jedenfalls insofern ungenau ist, als dabei die Interessenkriege vergessen sind; daß vielmehr der Krieg einfach als erlaubte Selbsthülfe innerhalb der Staatengemeinschaft seine Stellung im System erhält. Kann man in diesen Punkten mit dem Autor einverstanden sein, so vermag dagegen seine Construction der Neutralität nicht zu befriedigen. „Neutral" mit den daraus sich ergebenden Ansprüchen und Pflichten ist nach ihm nicht ohne Weiteres jeder nicht kriegführende Staat; Neutralität entsteht vielmehr erst aus einer Verständigung zwischen einem kriegführenden Staat einerseits und einem unbetheiligten andererseits des Inhalts, daß letzterer die Neutralitätspflichten auf sich nimmt, wohingegen ersterer ihn nicht mit Krieg überziehen zu wollen verspricht; die Neutralität ist somit ein „besonderes obligatorisches Rechtsverhältniß". Nun ist zuzugeben, daß solche Verständigungen expressis verbis oder concludent vorkommen; und dann liegt die Sache so, wie H. sie darstellt. Aber

Digitized by Google

in ungezählten Fällen nimmt die Völkerpraxis Neutralität für gegeben an, ohne daß auch nur der Schein eines zweiseitig verpflichtenden Vertrages vorhanden wäre, und auf diese Fälle läßt sich die H.'sche Construction nur vermöge einer Fiction anwenden. Diese vertraglos entstehende Neutralität will nicht geleugnet, sondern erklärt sein. Was nun die sog. Neutralitätsrechte anlangt, so betont H. selbst mit Recht, daß sie nichts Besonderes gegenüber dem Friedenszustande sind, sondern in dem allgemeinen Völkerrecht schon enthalten sind. Die sog. Neutralitätspflichten aber sind, wie Gareis zeigt, gar keine Pflichten, sondern die Bedingungen, unter denen ein Staat als Nichtkriegführender gilt. Ein Zuwiderhandeln gegen sie qualificirt den bisher neutralen Staat als nunmehrige Kriegspartei, ist aber nicht „rechtswidrig". Mit dieser Construction hat sich H. gar nicht auseinandergesetzt.

Die Untersuchungen des Verfassers über die Repressalien belassen diesen ihre hergebrachte Stellung als Selbsthilfe außerhalb eines Krieges. Dagegen erweist sich ihm die Retorsion als in das Völkerrechtssystem nicht gehörig, da sie ihrem Wesen nach „Unbilligkeit", nicht Rechtswidrigkeit, somit rechtlich irrelevant ist. Das ist unanfechtbar und logisch consequent. Die Intervention stellt der Verfasser neben die Repressalien und mit diesen auf gleiche Stufe, als eine Art erlaubter Selbsthilfe; er vertheidigt nämlich die Meinung, daß das Interventionsverbot sehr weitgehende Ausnahmen erleide. Für Friedensblokade und Embargo legt er dar, daß dieselben begrifflich keine constante Größe bilden, sondern je nach den Umständen den Character der erlaubten Selbsthülfe (Repressalien oder auch — nach H. — Intervention) tragen oder rechtswidrig sind.

Das System, das der Verfasser schließlich unter Verwerthung seiner vorstehend besprochenen systematischen Forschung aufbaut, zeigt erklärlicherweise gegenüber den bisherigen Systemen ein stark verändertes Gepräge. Im Wesentlichen werden künftige Darstellungen des Völkerrechts sich das H.'sche System aneignen können.

Digitized by Google

Verschwinden müssen aus ihnen namentlich, wie H. dies fordert, die fünf Grundrechte, die Theorie des internationalen Privatrechts, die überhaupt kein juristisches Gebilde darstellenden „Mittel zur gütlichen Beilegung von Staatsstreitigkeiten", desgleichen die Retorsion; umgekehrt bedarf das Völkerobligationenrecht viel liebevollerer Pflege, als es solche bisher erfahren hat. In einzelnen Punkten fordert freilich die H.'sche Stoffanordnung zu Widerspruch heraus.

So erscheint namentlich das „Recht der Staaten an der eigenen Person" gerade vom H.'schen Standpunkte aus nicht richtig untergebracht. Das Capitel von den Subjecten des Völkerrechts, wohin Verfasser dasselbe stellt, soll ja doch nur auf die Frage „Quis est persona?" Auskunft geben; die einzelnen Rechte der Person gehören in den besonderen Theil. In diesem sind zur Darstellung zu bringen: 1. die absoluten Rechte: a) das Recht an der Person, b) das Recht am Gebiet und an den Individuen; 2) die obligatorischen Rechte.

Umgekehrt gehört die Rechtsnachfolge nicht in den besonderen Theil, wohin H. sie verweist. Verfasser hat zwar sehr Recht, wenn er ausführt, daß sie nicht in die Lehre von den Subjecten hineingenommen werden darf. Aber erwägt man, daß die Frage nach dem originären und derivativen Erwerb doch eine allgemeine ist, so ergiebt sich ganz deutlich als richtige Stellung diejenige in Capitel III des Allgemeinen Theils: Begründung, Abänderung und Aufhebung der Rechte.

Letzteres Capitel ist beim Verfasser überhaupt etwas zu kurz gekommen, insofern nämlich hier lediglich die Lehre von den Rechtsgeschäften (mit einem sehr fragwürdigen Anhang: „der Besitz") figurirt. Unseres Dafürhaltens wäre hier z. B. der Platz für die Nothstandslehre (Collision der Rechte und Pflichten) gewesen. H. selbst übergeht diese mit Stillschweigen[1]); nach einer kurzen Bemerkung auf S. 357 sollte man erwarten, sie in der Lehre

[1]) S. oben S. 616.

Digitized by Google

von der Selbsthilfe anzutreffen; dort ist sie aber nicht eingereiht, vgl. S. 411 des Buches.

Zu weit geht H., wenn er im Vertragsobligationenrecht von einer Darstellung des Inhaltes von Handels-, Eisenbahnverträgen u. s. w. gänzlich Umgang genommen wissen will. Es ist ganz richtig, daß eine Beschäftigung mit dem Inhalt der einzelnen concreten Verträge (des deutsch-österreichischen Handels- und Zollvertrages vom 6. Dec. 1891, des deutsch-italienischen Patent-, Muster- und Markenschutzübereinkommens vom 18. Jan. 1892 u. s. w.) nicht Sache der Völkerrechtswissenschaft ist. Denn die Darstellung der einzelnen subjectiven Rechte und Pflichten der Staaten ist so wenig Sache dieser Wissenschaft, wie es Sache der Privatrechtswissenschaft ist, den Kreis subjectiver Rechte und Pflichten darzustellen, in denen Herr A, B, C, die Aktiengesellschaften D, E, F u. s. w. sich befinden; und u. E. entfließen aus Staatsverträgen ebenso sehr wie aus privatrechtlichen Verträgen stets nur subjective Rechte und Pflichten, nie Sätze objectiven Rechts. Wohl aber ist es Sache der Völkerrechtswissenschaft, die häufigst vorkommenden Vertragstypen darzustellen, um zu zeigen, in welchen Richtungen der Satz „pacta sunt servanda" seine gewöhnliche Anwendung findet. Freilich meint H.: „Consular- und Handelsvertrag sind nicht zwei besondere Vertragsgattungen, wie es etwa Kauf und Miethe sind, sondern sie verhalten sich zu einander wie zwei Kaufverträge, von denen der eine sich auf den Kauf einer Reitpeitsche, der andere auf den eines Spazierstockes bezieht." Aber zu dieser Auffassung gelangt er nur weil er als Gattungen von Verträgen nur diejenigen gelten lassen will, bezüglich deren specielle Sätze objectiven Rechts vorhanden sind. Daß diese Anschauung unrichtig ist, zeigt eine Betrachtung der Börsengeschäftsspecies. Das Promessengeschäft, das Nachgeschäft u. s. w. ermangeln der besonderen objectivrechtlichen Regelung und sind doch besondere typisch ausgeprägte Gattungen, die in den handelsrechtlichen Darstellungen ihre besondere Berücksichtigung finden.

Digitized by Google

Endlich erscheint auch das Verhältniß der Selbsthülfelehre zu den übrigen Zweigen des Systems bei H. unzutreffend behandelt. Er nimmt sie in den „Besonderen Theil", wo er in Abschnitt I „Die einzelnen Rechtsverhältnisse", in Abschnitt II „die Selbsthülfe" behandelt. Diese Gegenüberstellung sowohl wie auch die Zusammenfassung zum „Besonderen Theil" erregt schon deswegen Unbehagen, weil zwischen Abschnitt I und II gar kein logischer Gegensatz obwaltet, sondern dieser lediglich ein aliud als jener behandelt. Sodann aber ist der Character der Selbsthülfe als eines Zwangsakts dabei nicht genügend zum Ausdruck gebracht. Gewiß ist die Selbsthülfelehre nicht eine Völkerproceßrechtslehre; denn weder ist die Selbsthülfe ein „Proceß", noch ist sie lediglich ein Mittel zur Lösung von Rechtsstreitigkeiten. Aber alles dies tilgt ihre begriffliche Zusammengehörigkeit mit dem Proceß nicht. Dieser wie jene sind „Realisation", „Durchsetzung", „Zwang", „Mittel zum Zweck"; und somit tritt das Selbsthülferecht genau wie das Proceßrecht als „formelles Recht" in einen scharfen Gegensatz zum „materiellen Recht". So ergiebt sich u. E. als die oberste Eintheilung allen Völkerrechts die in das materielle und in das formelle Völkerrecht. Erst das materielle Völkerrecht zerlegt sich dann in den „Allgemeinen" und den „Besonderen Theil". Das formelle Völkerrecht aber hat heute zwar nur das Selbsthülferecht zum Gegenstande, wird aber, wenn sich inskünftig Sätze objectiven Rechts über ein Schieds- oder sonstiges Gerichtsverfahren herausbilden sollten, dadurch inhaltlich eine Bereicherung erfahren; freilich heutzutage gehört — darin stimmen wir H. zu — das Compromißrecht in das Obligationenrecht.

Alles in Allem genommen muß das H'sche Buch als ein Werk von bleibendem Werthe bezeichnet werden. Möchte es eine nachhaltige Wirkung haben, möchten namentlich die schmarotzenden Schlingpflanzen, die H. weggehauen hat, nicht wieder in die Höhe wuchern und den juristischen Pfad verdecken!

Breslau, Juni 1896. Dr. Ernst Beling.

Digitized by Google

2. Leske Franz und Löwenfeld W., Die Rechtsverfolgung im internationalen Verkehr. Darstellung der Justizorganisation, des Civilproceßrechts, des Konkursrechts, der Erbschaftsregelung und der Konsulargerichtsbarkeit in den europäischen und außereuropäischen Staaten. Unter Mitwirkung mit anderen. I. Bd. XX, 1068 S. Berlin 1895, Heymann's Verlag.

Die intensive Zunahme des internationalen Rechtsverkehrs hat schon seit längerer Zeit in der Praxis der Gerichte und wohl auch der Diplomatie die Lücke empfinden lassen, welche der Mangel einer verläßlichen, übersichtlichen und die rasche Orientirung ermöglichenden Zusammenstellung der einschlägigen nationalen Gesetzgebungen hervorrufen mußte; ist doch die Praxis namentlich jener Staaten, die in einem regeren Verkehr mit den europäischen und außereuropäischen Staaten stehen, fast täglich in den verschiedensten Gebieten der Rechtspflege vor Probleme gestellt, deren sachgemäße und dem Geiste des heutigen internationalen Verkehrs entsprechende Lösung nur auf Grund genauer Kenntniß des fremden Rechts erfolgen kann. Diese Kenntniß sich zu verschaffen, ist nicht immer leicht; bei der Verschiedenheit der Rechtsbildung und dem oft schwer zu überblickenden Stande der Rechtsquellen einzelner Staaten (namentlich der außereuropäischen, aber auch der europäischen) und bei den sprachlichen Schwierigkeiten, die oft gar nicht zu beseitigen sind, beansprucht die Lösung bloßer Vorfragen zuweilen eine die Bedeutung der verhandelten Sache weit überragende mühevolle Arbeit, ohne die sichere Gewähr dafür, daß das Ergebniß der Nachforschungen gerade dem augenblicklichen Stande der fremden Gesetzgebung entspräche, da die zumeist benutzten literarischen Quellen vielfach von der inzwischen weiter gebildeten Gesetzgebung überholt sind. Gegenüber dieser Sachlage muß das vorliegende in großem Stile angelegte Werk von Leske und Löwenfeld[1]) mit lebhaftem Dank begrüßt werden. In klarer Erkenntniß der Aufgabe eines obige Lücke ausfüllenden Unternehmens haben sich

[1]) An der Herausgabe war bis zur Lieferung 2 Dr. W. Reuling betheiligt, an dessen Stelle Dr. Leske getreten ist.

Digitized by Google

die Herren Herausgeber mit namhaften Rechtsgelehrten der verschiedenen Länder in Verbindung gesetzt und in dem vorliegenden ersten Bande des Werkes den Beweis erbracht, daß für die Bedürfnisse der Rechtspflege ein unentbehrliches Hülfsmittel zur Verfügung stehen wird. Dabei ist es wohl selbstverständlich, daß das Werk nicht als ein abgeschlossenes Ganze der Oeffentlichkeit übergeben werden kann; es wird eine stetige Ergänzung in Supplement- oder Nachtragsbänden nothwendig sein — so schon jetzt mit Rücksicht auf die neue niederländische Konkursgesetzgebung (30. Sept. 1893), die Reform des österreichischen Civilproceßrechts durch Einführung einer neuen Jurisdiktionsnorm und Civilproceßordnung (1. Aug. 1895 — wirksam vom 1. Jan. 1898) und einer neuen Exekutionsordnung (1896), endlich im Hinblick auf die Veränderungen, die in Folge des neuen österreichischen Gesetzes über die Konsulargerichtsbarkeit (ebenso in Ungarn) vom 30. Aug. 1891 (Einführung eines Konsular-Obergerichts in Konstantinopel) bevorstehen.

Was den Inhalt des Werkes anlangt, so kam es vor allem darauf an, die Gerichtsverfassung, den Civilproceß, das Gebühren- und Kostenwesen, das Konkursrecht, das Erbrecht und die Verlassenschaftsabhandlung, sodann das Verfahren vor den Konsulargerichten zur Darstellung zu bringen. Dieser Ueberblick über den Stand der Gesetzgebung der Verkehr pflegenden Staaten auf den genannten Gebieten findet seine Ergänzung in einer Reihe von „Exkursen" über wichtigere Fragen des Proceßrechts (Partei- und Proceßfähigkeit, Kautionspflicht, Armenrecht, Vollstreckung ausländischer Urtheile, Legitimation der Parteienvertreter), durch die Namhaftmachung der Quellen, insbesondere der Staatsverträge, und Literaturnachweise. Endlich enthält das Werk Formulare zu Proceß-, Konkurs-, Erbschafts- und Generalvollmachten in der Sprache des betreffenden Landes und in deutscher Uebersetzung.

Der erste Band enthält folgende Bearbeitungen des bezeichneten Stoffes: Das Deutsche Reich von Landgerichtsrath

Digitized by Google

Altsmann; Exkurs in zwei Theilen von Landgerichtsrath Leske; Oesterreich-Ungarn mit Bosnien und Herzegowina von Advokat Markiewicz, Advokat Baracs und Pöltzel (in Sarajewo), dazu drei Exkurse von v. Canstein, Fodor und Shek; die Schweiz von Zürcher; die Niederlande einschließlich der Kolonien von C. Asser, dazu einen Exkurs von C. L. Asser; Frankreich (einschließlich der Kolonien) und Belgien von Claessens und Errera, dazu ein Exkurs von Beauchet; Luxemburg von Schmit (mit Exkurs von demselben); Italien von Baisini, dazu ein Exkurs von Buzzati; Monaco von Schauffler; Spanien von Torres Campos, dazu ein Exkurs von Beauchet; Portugal von Alves de Sá, dazu ein Exkurs von Tavares de Medeiros; Großbritanien und Irland (einschließlich der Kolonien u. s. w.) von Campbell, Cuninghame Steele und Hamburger, dazu ein Exkurs von Inhülsen. — Der erste Band enthält ferner Vollmachtsformulare für die bezeichneten Staaten, sodann Nachträge und Berichtigungen, endlich ein Sachregister für jeden einzelnen Staat.

Daß das vorliegende Werk gleichzeitig eine werthvolle Grundlage für rechtsvergleichende Untersuchungen zu bieten geeignet ist, braucht nicht besonders ausgeführt zu werden: das Werk dient praktischen und wissenschaftlichen Zwecken.

E. Ullmann.

Digitized by Google

Alphabetische Register.

1. Uebersicht der besprochenen Werke.

Seite

Arndt, A., Verfassung des Deutschen Reichs. Mit Einleitung und Commentar. Berlin, Guttentag, 1895 597

Bachmann, A., Lehrbuch der österreichischen Reichsgeschichte. (Geschichte der Staatsbildung und des öffentlichen Rechts.) I. Hälfte. Prag, Rohlicek & Sievers, 1896 575

Bähr, O., Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund. 3. Auflage. Leipzig, Wigand, 1894 59

Beling, E., Retorsion und Compensation von Beleidigungen und Körperverletzungen. Theil I. Geschichtliche Entwicklung. Breslau, Schletter, 1894 127

— — Die Wiedereinführung der Berufung in Strafsachen. Breslau, Schletter, 1894 133

Binding, R., Die Verfassungsurkunde des Königreichs Baiern mit Beilagen und Anhängen. Vom 26. May 1818. Mit den Abänderungen bis zum Gesetz vom 19. Dez. 1895. (Deutsche Staatsgrundgesetze in diplomatisch genauem Abdrucke. Zu amtlichem und akademischem Gebrauche. Herausgegeben von Dr. Karl Binding. Heft V.) 589

Blume, W. v., Novation, Delegation und Schuldübertragung. Göttingen 1895 217

Bödiker, T., Die Arbeiterversicherung in den europäischen Staaten. Leipzig, Duncker & Humblot, 1895 292

Büttner, C., Die Sonntagsruhe im Gewerbebetriebe und im Handelsgewerbe. Leipzig, Berger, 1895 502

Cahn, W., Das Reichsgesetz über die Erwerbung und den Verlust der Reichs- und Staatsangehörigkeit. Vom 11. Juni 1870. Zweite, vermehrte und verbesserte Auflage. Berlin, Guttentag, 1896 294

Digitized by Google

Seite

Canstein, R. Frhr. v., Lehrbuch des Oesterreichischen Handelsrechts. Berlin, Heymann, 1895 516
Coermann, W., Das Nachbarrecht an Eisenbahnen nach französischem Rechte. Mannheim, Bensheimer, 1894 81
Cosack, C., Lehrbuch des Handelsrechts. Dritte, umgearbeitete Auflage. Stuttgart, F. Enke, 1895 544
Cretschmar, Die auf den Civilproceß bezüglichen Normen des rheinpreußischen Landesrechts, im Anschlusse an die Reichscivilproceßordnung dargestellt. Freiburg i. B. u. Leipzig, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1895 551
Crome, C., Handbuch des Französischen Civilrechts begründet von Zachariae v. Lingenthal. 8. verm. u. verb. Auflage. In 4 Bänden. Freiburg i. B., Ernst Mohr, 1894/1895 . . 221

Eger, G., Invaliditäts- und Altersversicherungsgesetz vom 22. Juni 1889 mit dem Abänderungsgesetz vom 8. Juni 1891. Nebst einem Anhang. 2. Auflage. Berlin, O. Liebmann, 1893 . . 503
Engelmann, W., Die Schuldlehre der Postglossatoren und ihre Fortentwicklung. Eine historisch-dogmatische Darstellung der kriminellen Schuldlehre der italienischen Juristen des Mittelalters seit Accursius. Leipzig, Duncker & Humblot, 1895 . 226

Finger, A., Compendien des österreichischen Rechtes. Das Strafrecht systematisch dargestellt. Berlin, Heymann, 1894/1895 . . 101
Fischer, R., Das Recht des Deutschen Kaisers. Preisgekrönte Studie zum Deutschen Verfassungsrechte. Berlin, W. Möser, 1895 . 590

Gareis, C., Das deutsche Handelsrecht, ein kurzgefaßtes Lehrbuch des im Deutschen Reiche geltenden Handels-, Wechsel- und Seerechts. Fünfte, neudurchgearbeitete und vielfach veränderte Auflage. Berlin, J. Guttentag, 1895 544
Gareis, C., Die Litteratur des Privat- und Handelsrechts 1884 bis 1894. Leipzig, Hinrichs, 1896 514
Grimm, D., Beiträge zur Lehre von der Bereicherung (russ.). 3 Hefte. Dorpat, Schnakenburg, 1891, St. Petersburg, Stasjulewitsch, 1893 381
Groschuff, A., Eichhorn, G. und Delius, H., Die Preußischen Strafgesetze. Berlin, Otto Liebmann, 1894 562
Guillaume, Le baron, le mariage en droit international privé et la Conférence de la Haye, Bruxelles, Falk, 1894 . . . 156

Hanau, H., Die Voraussetzungen, unter welchen nach gemeinem Rechte der Mandant für Schaden haftet, welcher dem Mandatar bei

Digitized by Google

Seite

Ausführung seines Auftrages erwächst. Berlin, Puttkammer & Mühlbrecht, 1894 26

Heck, Joh., Die altfriesische Gerichtsverfassung. Mit sprachwissenschaftlichen Beiträgen von Th. Siebs. Weimar 1894 . . 11

Heilborn, P., Das System des Völkerrechts entwickelt aus den völkerrechtlichen Begriffen. Berlin, Springer, 1896 . . . 604

Heymann, E., Das Vorschützen der Verjährung. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von Exceptio und Einrede. Breslau, Schletter, 1895 374

Heß, A., Ueber Kausalzusammenhang und unkörperliche Denksubstrate. Erstes Heft. I. Ursache und Bedingung. II. Verursachung durch Unterlassung. Hamburg, Otto Meister, 1895 451

Hirsch, P., Zur Revision der Lehre vom Gläubigerverzuge. Leipzig, Duncker & Humblot, 1895 412

Horn, A., Zur Deutschen Civilproceßreform. Mannheim, J. Bensheimer, 1894 84

Jellinek, G., Die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte. Leipzig, Duncker & Humblot, 1895 274

Keil, J., Die Landgemeindeordnung für die sieben östlichen Provinzen der Monarchie vom 3. Juli 1891 nach dem Inkrafttreten des Communalabgabengesetzes. Freiburg i. B. und Leipzig, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1896 499

Kekule, St. v., Die Schadensersatzpflicht des Mandanten nach gemeinem Rechte. Berlin 1894 26

Krafft-Ebing, R. Frhr. v., Der Konträrsexuale vor dem Strafrichter (De Sodomia ratione sexus punienda. De lege lata et de lege ferenda). Leipzig, Wien, Franz Deuticke, 1894 . . . 135

Krauß, J. A. K., Im Kerker vor und nach Christus. Freiburg i. B. und Leipzig, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1895 . . . 88

Laband, P., Staatsrecht des Deutschen Reiches. 3. Auflage. Freiburg i. B. und Leipzig, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1895 . 137

Landgraf, J., Reichsgesetz zum Schutze der Waarenbezeichnungen vom 12. Mai 1894. Stuttgart, Metzler, 1894 62

Landmann, R. v., Die Gewerbeordnung für das Deutsche Reich. 2. Auflage. München, Beck, 1895 280

Lector, Lucius, Le Conclave. Paris 1894 140

Leske, Fr. und Löwenfeld, W., Die Rechtsverfolgung im internationalen Verkehr. Darstellung der Justizorganisation, des Civilproceßrechts, des Konkursrechts, der Erbschaftsregelung und der Konsulargerichtsbarkeit in den europäischen und außereuro-

Digitized by Google

Seite

päischen Staaten. Unter Mitwirkung mit anderen. I. Band. Berlin, Heymann, 1895 622
Liszt, F. v., Die Strafgesetzgebung der Gegenwart in rechtsvergleichender Darstellung. I. Band. Das Strafrecht der Staaten Europas. Berlin, Liebmann, 1894 560
Luschin von Ebengreuth, A., Oesterreichische Reichsgeschichte I. Bamberg, Buchner, 1895 . . . . . 335, 575

Makarewicz, J., Das Wesen des Verbrechens. Wien, Manz, 1896 563
Mamroth, E., Die Gefahren der neuen Novelle zum Gerichtsverfassungsgesetz und zur Strafprozeßordnung. Breslau, Schletter, 1894 133
Mayer, O., Deutsches Verwaltungsrecht I. Leipzig, Duncker & Humblot, 1895 262
Merkel, R., Die Kollision rechtmäßiger Interessen und die Schadensersatzpflicht bei rechtmäßigen Handlungen. Straßburg, Trübner, 1895 199
Merkel, P., Begehung durch Unterlassung. Nürnberg, Tümmel, 1895 484
Merlo, C., Die Ungesetzlichkeit der die Straßenreinigung betreffenden Polizeiverordnungen und Ortsstatute. Köln, Paul Neubner, 1894 279
Meyer, G., Der Staat und die erworbenen Rechte. Leipzig, Duncker & Humblot, 1895 272
Meyer, P., Der römische Konkubinat nach den Rechtsquellen und den Inschriften. Leipzig, Teubner, 1895 474
Mittler, H., Beiträge zur Theorie des Patentrechts. Berlin, Heymann, 1894 68

Neukamp, E., Einleitung in die Entwickelungsgeschichte des Rechts. Berlin, Heymann, 1895 22

Oertmann, P., Der Vergleich im gemeinen Civilrecht. Berlin, Heymann, 1895 161
Pavlicek, Das Pfandbriefrecht. Wien, Manz, 1895 214
Pollitzer, Fr., Das österreichische Handelsrecht, systematisch dargestellt. Wien, Manz, 1895 534

Randa, A., Der Besitz nach österreichischem Rechte. 4. Auflage. Leipzig, Breitkopf & Härtel, 1895 396
Reatz, C. F., Die Litteratur über den Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Leipzig, Hinrichs, 1895 . 514

Digitized by Google

Seite

Reuling, W., Der unlautere Wettbewerb nach dem zweiten „Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbes" und über den Rechtsschutz von Fabrikations- und Geschäftsgeheimnissen. Berlin, Gärtner, 1895 478

Rosenberg, G. J., Zur Arbeiterschutzgesetzgebung in Rußland. Leipzig, Duncker & Humblot, 1895 493

Rosin, H., Das Polizeiverordnungsrecht in Preußen. 2. Auflage. Berlin, Guttentag, 1895 488

Rufer, B. E., Die Trottoirfrage im Lichte der in der bayerischen Pfalz geltenden Gesetze. Ludwigshafen a. Rh., J. G. Biller, 1895 279

Ruiz, G. Arangio, Le Associazioni e lo stato. Napoli, Presso Luigi Pierro, 1895 600

Sägmüller, J. B., Das Recht der Exclusive in der Papstwahl. Mainz 1895 140

— — Die Papstwahlbullen und das staatliche Recht der Exclusive. Tübingen 1892 140

Sartori-Montecroce, T. v., Beiträge zur österreichischen Reichs- und Rechtsgeschichte. — Ueber die Reception der fremden Rechte in Tirol und die Tiroler Landes-Ordnungen. Innsbruck, Wagner, 1895 575

Schmidt, R., Die Aufgaben der Strafrechtspflege. Leipzig, Duncker & Humblot, 1895 112

Schrutka-Rechtenstamm, E. v., Die Umgestaltung der Gerichtsverfassung durch den Entwurf eines Gesetzes über die Ausübung der Gerichtsbarkeit und die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte in bürgerlichen Rechtssachen 83

Schwind, E. Frhr. v. und Dopsch, A., Ausgewählte Urkunden zur Verfassungsgeschichte der deutsch-österreichischen Erblande im Mittelalter. Innsbruck, Wagner, 1895 575

Seidler, G., Studien zur Geschichte und Dogmatik des österreichischen Staatsrechtes. I. Einleitende Uebersicht über die öffentlichrechtlichen Verhältnisse in Oesterreich unter den Babenbergern (976—1246). II. Das Recht der Thronfolge in geschichtlicher und dogmatischer Darstellung. III. Behördensystem und Staatsbildung. Wien, Hölder, 1894 575

Seitz, K. J., Die praktische Rechtsschule im Entwickelungskampfe mit den bisherigen doctrinären, historischen und Naturrechtsschulen. 2. Auflage. München, Schweitzer, 1895 . . . 1

Slupecki, H. v., Die Lehre von den jugendlichen Verbrechern im gemeinen deutschen Strafrecht und Strafproceßrecht. Tübingen, Franz Pietzcker, 1896 487

Digitized by Google

Seite

Sontag, E., Der besondere Schutz der Mitglieder des deutschen Reichstages und der deutschen Landtage gegen Strafverfolgung und Verhaftung. Breslau, Wilhelm Köbner, 1895 . . . 277
Steinitz, Die sog. Compensation im Reichsstrafgesetzbuch (§§ 199 u. 233). Breslau, Schletter, 1894 124
Stenglein, M., Die strafrechtlichen Nebengesetze des Deutschen Reiches. Zweite vermehrte und wesentlich veränderte Auflage. Berlin, Otto Liebmann, 1896 561
Stobbe, O., Handbuch des Deutschen Privatrechts, 2. Band, 3. Auflage, neu bearbeitet von H. O. Lehmann, 1. Halbband. Berlin 1896 507
Sturm, A., Die Rechtswidrigkeit der Unterlassung. Berlin, Heymann, 1895 467

Thomsen, A., Ueber den Versuch der durch eine Folge qualificirten Delicte. Kiel und Leipzig, Lipsius & Tischer, 1895 . . . 414
Thudichum, Fr. v., Geschichte des deutschen Privatrechts. Stuttgart, Enke, 1894 16
Tuhr, A. v., Actio de in rem verso. Freiburg i. B. und Leipzig, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1895 43

Wagner, A., Vorschläge zur Umgestaltung der Reichsjustizgesetze von 1879. Berlin, Heymann, 1895 87
Weingart, A., Handbuch für das Untersuchen von Brandstiftungen. Leipzig, Duncker & Humblot, 1895 475
Werunsky, E., Oesterreichische Reichs- und Rechtsgeschichte. Erste Lieferung. Wien, Manz, 1894 575

Zürcher, E. und Sträuli, H., Grundlagen und Ergebnisse der Statistik der Rechtspflege im Kanton Zürich. Zürich, Schultheß, 1895 476

2. Uebersicht der Mitarbeiter.

Allfeld, zur Litteratur des Civilrechts 68.
Appelius, zur Litteratur des Strafrechts 133, 451, 467, 484, 487.
Behling, E., zur Litteratur des internationalen Rechts 604.
Bekker, E. J., zur Litteratur der Rechtsphilosophie 1.
Blume, W. v., zur Litteratur des Civilrechts 199.
Bornhak, C., zur Litteratur des Staatsrechts 499.
Burchard, J., zur Litteratur des Civilrechts 26.
Cretschmar, zur Litteratur des Civilrechts 221.

Digitized by Google

Danz, zur Litteratur des Civilrechts 217.
Finger, zur Litteratur des Strafrechts 414.
Friedmann, zur Litteratur des Strafrechts 124.
Frommhold, G., zur Litteratur des Civilrechts 507.
Fuld, L., zur Litteratur des Strafrechts 135.
— zur Litteratur des Staatsrechts 294.
Gareis, C., zur Litteratur des Civilrechts 62.
Geib, O., zur Litteratur des Civilrechts 161.
Harburger, H., zur Litteratur des internationalen Rechts 156.
Hauke, F., zur Litteratur des Staatsrechts 575.
Hellmann, Fr., zur Litteratur des Civilrechts 43, 59.
Hellwig, zur Litteratur des Civilprocesses 84, 87.
Hölder, E., zur Litteratur des Civilrechts 396.
Jaeger, C., zur Litteratur des Civilrechts 514, 534.
— zur Litteratur des Civilprocesses 551.
Kleinfeller, zur Litteratur des Strafrechts 101, 112, 127, 474, 475, 476, 478, 560.
Lehmann, K., zur Litteratur der Rechtsgeschichte 11.
Loening, R., zur Litteratur des Strafrechts 226.
Maurer, K. v., Nekrolog von Aubert 327.
— zur norwegischen Rechtsgeschichte 363.
Menzinger, L., zur Litteratur des Staatsrechts 600.
Oertmann, zur Litteratur des Civilrechts 81.
Oppenheim, L., zur Litteratur des Strafrechts 563.
Pfaff, J., zur Litteratur des Civilrechts 374.
Pfersche, E., zur Litteratur der Rechtsgeschichte 22.
Piloty, R., zur Litteratur des Staatsrechts 280, 493, 502, 503.
Pöhlmann, zur Litteratur des Civilrechts 214.
Rehm, H., zur Litteratur des Staatsrechts 137, 488.
Schiffner, zur Litteratur des Civilrechts 412.
Schmidt, R., zur Litteratur des Strafrechts 88.
Schreuer, H., zur Litteratur der Rechtsgeschichte 335.
Schuster, H., zur Litteratur der Rechtsgeschichte 16.
Seydel, M. v., zur Litteratur des Staatsrechts 262, 272, 274, 277, 279, 589, 590, 597.
Staub, H., zur Litteratur des Handelsrechts 516.
Tuhr, A. v., zur Litteratur des Civilrechts 381.
Ullmann, E., zur Litteratur des Strafrechts 562.
— zur Litteratur des internationalen Rechts 622.
Wahrmund, zur Litteratur des Kirchenrechts 140.
Waldner, Zur Litteratur des Civilprozesses 83.

Digitized by Google

3. Sachregister.

A.

Actio de in rem verso 43.
Altersversicherung 503.
Anerkennung 59.
Arbeiterschutz 493.
Arbeiterversicherung 292.
Aubert, Nekrolog 327.

B.

Bayern, Verfassungsurkunde 589.
Beleidigungen, Compensation 127.
Bereicherung 381.
Berufung in Strafsachen 133.
Besitz nach österreichischem Recht 396.
Brandstiftung 475.
Bürgerliches Gesetzbuch, deutsches 514.

C.

Causalitätstheorie 109.
Causalzusammenhang 451.
Civilprozeß, deutscher, Reform 84.
Code Napoléon 221.
Compensation im Strafrecht 124, 127.
Concubinat, römischer 474.
Condictio indebiti 388.

D.

Declaration des droits 274.
Delegation 217.
Determinismus 106.

E.

Eherecht, internationales 156.
Eherecht, kanonisches 19.
Einrede 374.
Eisenbahnen, Nachbarrecht 81.
Eisenbahnconcession 274.
Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte 274.
Erworbene Rechte 272.
Exceptio 374.
Exceptio non numeratae pecuniae 60.
Exclusive bei der Papstwahl 140.

F.

Fahneneid 595.
Französisches Civilrecht 221.
Friesische Gerichtsverfassung 11.

G.

Gebietshoheit 606.
Gefängnißwesen, Geschichte 88.
Gegenzeichnung, ministerielle 593.
Gerichtsverfassung, österreichische 83.
Geschäftsführung 43.
Gewerbefreiheit und vertragsmäßige Beschränkungen 287.
Gewerbegerechtigkeiten, Verjährung 289.
Gewerbeordnung, deutsche 280.
„Grundrechte" der Staaten 615.

H.

Handelsgesellschaften 526.
Handelsrecht, deutsches 544.

I.

Invaliditätsversicherung 503.
Jura quaesita 272.

K.

Kaiser, deutscher 590.
Kauffahrteischiffe 611.
Klosterkerker 91.
Körperverletzungen, Compensation 127.
Kriegsrecht 617.
Kriegsschiffe 614.

L.

Landgemeindeordnung, preußische 499.
Landtagsmitglieder, Schutz der 277.

Digitized by Google

Legalservituten 286.
Lögsö 369.

M.

Mandat 26.

N.

Mora creditoris 412.
Nachbarrecht 286.
— an Eisenbahnen 81.
Norwegen, Rechtsgeschichte 363.
Novation 217.

O.

Oesterreich, Gerichtsverfassung 83.
— Handelsrecht 516, 534.
— Reichsgeschichte 335, 575.
— Strafrecht 101.
— Thronfolge 586.
— Verfassungsgeschichte 575.

P.

Papstwahl 140.
Patentrecht 68.
Patentvindication 79.
Pfandbriefrecht 214.
Polizei, Begriff 489.
Polizeirecht 270.
Polizeiverordnungsrecht, preußisches 488.
Postglossatoren 226.
Privatrecht, deutsches 507.
— Geschichte 16.

R.

Rechtsverfolgung im internationalen Verkehr 622.
rei vindicatio 384.
Reichsangehörigkeit 294.
Reichsstaatsrecht, deutsches 137.
Reichstagsmitglieder, Schutz der 277.
Reichsverfassung. deutsche 597.
Rheinisches Prozeßrecht 551.
Rußland, Arbeiterschutzgesetzgebung 493.

S.

Schadensersatzpflicht bei rechtmäßigen Handlungen 199.
Schuldlehre der Postglossatoren 226.
Schuldübertragung 217.
Sodomia ratione sexus 135.
Sonntagsruhe 502.
Staatsangehörigkeit 294.
Strafrecht, österreichisches 101.
— preußisches 562.
— vergleichendes 560.
Strafzwecke 112.
Straßenpolizei 279.

T.

Thronfolge, österreichische 586.
Trennung der Gewalten 267.

U.

Unterlassung, rechtswidrige 467, 484.

V.

Verbrechen 563.
Verbrecher, jugendliche 487.
Vereinsrecht 600.
Vergleich 161.
Verjährung 374.
Versammlungsrecht 600.
Versio in rem 391.
Versuch 414.
— untauglicher 110.
Verwaltungsrecht, deutsches 262.
Verwaltungsrechtspflege 268.
Verzug des Gläubigers 412.
Völkerrecht 604.

W.

Waarenbezeichnungen, Schutz der 62.
Weibliche Personen, Erstattungsansprüche bei der Invaliditäts- u. Altersversicherung 504.
Wettbewerb, unlauterer 478.

Z.

Zürich, Justizstatistik 476.

Digitized by Google

Digitized by Google

Inhalt. (Fortsetzung.)

Seite

Verhältnisse in Oesterreich unter den Babenbergern (976—1246). II. Das Recht der Thronfolge in geschichtlicher und dogmatischer Darstellung. III. Behördensystem und Staatsbildung. Wien, Hölder, 1894.

6. **Sartori-Montecroce, T. R. v., Beiträge zur österreichischen Reichs- und Rechtsgeschichte.** — Ueber die Reception der fremden Rechte in Tirol und die Tiroler Landes-Ordnungen. Innsbruck, Wagner, 1895 . . . 575

Von F. Hauke.

7. **Deutsche Staatsgrundgesetze in diplomatisch genauem Abdrucke.** Zu amtlichem und akademischem Gebrauche. Herausgegeben von Dr. **Karl Binding.** — Heft V. **Die Verfassungsurkunde des Königreichs Baiern mit Beilagen und Anhängen.** Vom 26. Mai 1818. Mit den Abänderungen bis zum Gesetz vom 19. Dez. 1895. Leipzig, Engelmann, 1896 589

8. **Fischer, Richard, Das Recht des Deutschen Kaisers.** Preisgekrönte Studie zum Deutschen Verfassungsrechte. Berlin, W. Möser, 1895 590

9. **Arndt,** Dr. **Adolf, Verfassung des Deutschen Reichs.** Mit Einleitung und Commentar. Berlin, Guttentag, 1895 597

Von Seydel.

10. **Ruiz, G. Arangio, Le Associazioni e lo stato.** Napoli, Presso Luigi Pierro, 1895. Von L. Menzinger 600

VI. Internationales Recht.

1. **Heilborn, P., Das System des Völkerrechts entwickelt aus den völkerrechtlichen Begriffen.** Berlin, Springer, 1896. Von E. Beling . . 604

2. **Leske, Franz und Löwenfeld, W., Die Rechtsverfolgung im internationalen Verkehr.** Darstellung der Justizorganisation, des Civilproceßrechts, des Konkursrechts, der Erbschaftsregelung und der Konsulargerichtsbarkeit in den europäischen und außereuropäischen Staaten. Unter Mitwirkung mit anderen. I. Band. Berlin, Heymann, 1895. Von Ullmann . 622

Die bisher im Verlage von R. Oldenbourg erschienene

Kritische Vierteljahresschrift

für

Gesetzgebung und Rechtswissenschaft

ist mit der **Dritten Folge** an die unterzeichnete Verlagshandlung übergegangen. In die Redaktion, welche zuletzt von den Herren A. von Bechmann und M. von Seydel geführt wurde, sind die anderen auf dem Umschlagtitel genannten Mitglieder der Münchener Juristenfakultät eingetreten.

Die Manuskripte müssen in vollständig druckfertigem Zustand eingeliefert werden. Die Beiträge der Herren Mitarbeiter werden honorirt. Dieselben erhalten 10 Separatabzüge ihrer Beiträge ohne besondere Paginirung gratis geliefert und nach Erscheinen des betreffenden Heftes von der Verlagshandlung franko zugesandt. Eine größere Anzahl von Separatabzügen kann nur nach Verständigung mit der Verlagshandlung angefertigt werden.

Die Zeitschrift erscheint jährlich in 4 Heften zu je 10 Bogen, welche einen Band bilden. Der Abonnementspreis eines Bandes beträgt M. 14.—.

Einzelne Hefte werden nur zu erhöhtem Preise abgegeben. Abonnements nehmen alle Buchhandlungen und Postanstalten entgegen.

Recensionsexemplare bittet man an die Zweigniederlassung der Unterzeichneten in Leipzig, Querstraße 21 einzusenden.

Freiburg i. B., 1. Juli 1895.

Akademische Verlagsbuchhandlung von J. C. B. Mohr
(Paul Siebeck)
in Freiburg i. B. und Leipzig.

Digitized by Google

Preisausschreiben.

Die Holtzendorff-Stiftung stellt als neue Preis-Aufgabe folgendes Thema:

Ist die Deportation unter den heutigen Verhältnissen als Strafmittel praktisch verwendbar?

Es wird eine Erörterung der Frage verlangt, ob unter Berücksichtigung des heutigen Strafen- und Gefängnisswesens, sowie der thatsächlich vorhandenen colonialpolitischen Verhältnisse die Deportation eine Stelle im Strafensystem finden kann; bei Bejahung dieser Frage ist gleichzeitig zu erörtern, in welcher Weise die Deportationsstrafe praktisch auszugestalten und durchzuführen ist.

Die Preisarbeiten, welche in deutscher, französischer, englischer oder italienischer Sprache abgefasst sein können, müssen bis spätestens **1. April 1897** an den Schriftführer der Stiftung, Herrn Rechtsanwalt Dr. Halle zu Berlin W., Kronenstrasse 56, eingesandt sein. Dieselben sind mit einem Erkennungsworte zu versehen, und es ist ein versiegeltes Couvert unter gleichem Erkennungsworte beizulegen, in welchem der Name und die Wohnung des Verfassers angegeben sind.

Ueber die eingegangenen Arbeiten entscheidet ein Preisgericht, bestehend aus folgenden Herren:

Staatsrath Professor Dr. **Foinitzky**, St. Petersburg,
Staatsminister Professor Dr. **Hagerup**, Christiania,
Reichsgerichtsrath Dr. **Olshausen**, Leipzig,
General-Secretair der Société Générale des Prisons **Rivière**, Paris,
Professor Dr. **Stooss**, Bern.

Die Arbeit, welche von dem Preisgericht als beste und zugleich des Preises würdige anerkannt wird, erhält die ausgesetzte Prämie von 1600 Mk. = 2000 Frcs. Die preisgekrönte Arbeit wird mit der Auszahlung der Prämie ausschliessliches litterarisches Eigenthum der Holtzendorff-Stiftung, deren Vorstand auf Vorschlag des geschäftsführenden Ausschusses über ihre Veröffentlichung und Uebersetzung Bestimmung trifft.

Die nicht preisgekrönten Arbeiten werden den Verfassern zur freien Verfügung zurückgesandt.

Die Entscheidung des Preisgerichts wird in den Mittheilungen der internationalen kriminalistischen Vereinigung im Herbst 1897 veröffentlicht.

Anfragen und Mittheilungen, welche dieses Preisausschreiben betreffen, sind an den Schriftführer zu richten.

Im Januar 1896.

Der geschäftsführende Ausschuss der Holtzendorff-Stiftung.

Dr. **Aschrott**, Landrichter in Berlin. — Professor **von Liszt**, Halle a. S.

Professor **A. Prins**, Brüssel.

Verlag von Gustav Fischer in Jena.

Soeben erschien:

Dr. B. W. Leist,
ord. Professor der Rechte an der Universität Jena.

Alt-Arisches Jus Civile.

Zweite Abtheilung. (Schluss-Abtheilung.)

Preis 10 Mark.

Preis der ersten Abtheilung 12 Mark.

Druck von C. A. Wagner in Freiburg i. Br.

Digitized by Google

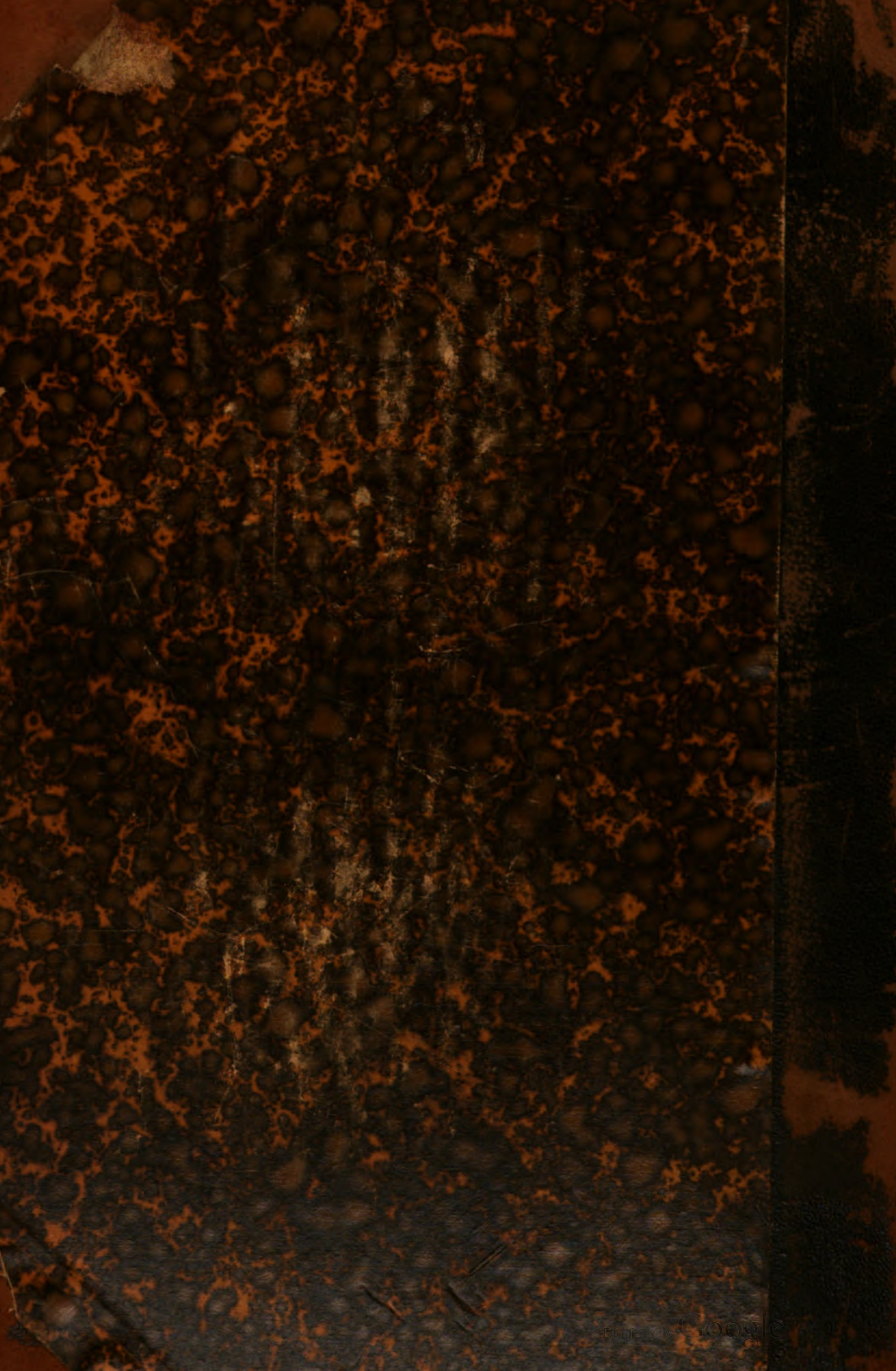
Digitized by Google

32101 065982371

Digitized by Google

Fb, 282
= LS VI, 6b

Digitized by Google



Digitized by Google